الموسوعة الفقهية المقارنة

للإمام أبي الحسين أحمد بن محمد بن جعفر البغدادي القدوري
(٣٦٢ - ٤٢٨ هـ)

دراسة وتحقيق

مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية

أ. د محمد أحمد سراج
أستاذ ورئيس قسم الشريعة بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية

أ. د علي جمعة محمد
أستاذ أصول الفقه بكلية الدراسات الإسلامية والعربية بالقاهرة جامعة الأزهر

المجلد الثامن

دار السلام
للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

تنويه

قارئنا الكريم حدث خطأ غير مقصود في اسم الكتاب عند بداية الكتب الفقهية حيث جاء اسم الكتاب : موسوعة القواعد الفقهية المقارنة المسماة التجريد : وصوابه [الموسوعة الفقهية المقارنة : التجريد] فلكم تصويب نسختك ومن جهتنا سنقوم بتصحيح الخطأ في الطبعة القادمة إن شاء الله

دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة
لصاحبها
عبد القادر محمود البكار

الطبعة الأولى
١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م

دار السلام
للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة
ش.م.م

تأسست الدار عام ١٩٧٣م وحصلت على جائزة أفضل ناشر للتراث لثلاثة أعوام متتالية ١٩٩٩م ، ٢٠٠٠م ، ٢٠٠١م هي عشر الجائزة تتويجًا لعقد ثالث مضى في صناعة النشر

جمهورية مصر العربية - القاهرة - الإسكندرية
الإدارة : القاهرة : ١٩ شارع عمر لطفي موازٍ لشارع عباس العقاد خلف مكتب مصر للطيران عند الحديقة الدولية وأمام مسجد الشهيد عمرو الشربيني - مدينة نصر
هاتف : ٢٧٠٤٢٨٠ - ٢٧٤١٥٧٨ (٢٠٢ +) فاكس : ٢٧٤١٧٥٠ (٢٠٢ +)
المكتبة : فرع الأزهر : ١٢٠ شارع الأزهر الرئيسي - هاتف : ٥٩٣٢٨٢٠ (٢٠٢ +)
المكتبة : فرع مدينة نصر : ١ شارع الحسن بن علي متفرع من شارع علي أمين امتداد شارع مصطفى النحاس - مدينة نصر - هاتف : ٤٠٥٤٦٤٢ (٢٠٢ +)
المكتبة : فرع الإسكندرية : ١٢٧ شارع الإسكندر الأكبر - الشاطبي بجوار جمعية الشبان المسلمين
هاتف : ٥٩٣٢٢٠٥ فاكس : ٥٩٣٢٢٠٤ (٢٠٣ +)
بريديًا : القاهرة : ص.ب ١٦١ الغورية - الرمز البريدي ١١٦٣٩
البريد الإلكتروني : info@dar-alsalam.com
موقعنا على الإنترنت : www.dar-alsalam.com

موسوعة

القواعد الفقهية المقارنة

المسماة

التجريد

كتاب إحياء الموات

مسألة [١] ٩٠٣

إحياء الأرض من غير إذن الحاكم

١٨٠٠٣ - قال أبو حنيفة لا يملك الموات بالإحياء إلا أن يأذن الإمام فيه .

١٨٠٠٤ - وقال أبو يوسف ومحمد إنه [٢] يملك بنفس الإحياء [٣] .

١٨٠٠٥ - وبه قال الشافعي [٤] .

١٨٠٠٦ - لنا : ما روى معاذ بن جبل [٥] ﷺ أن النبي ﷺ قالَ : « لَيْسَ لِلْمَرْءِ إِلاَّ

(١) الموات كسحاب ما لا روح فيه وأرض لا مالك لها والمَوَتان بالتحريك خلاف الحيوان أو أرض لم تحي بعد . القاموس المحيط باب التاء فصل الميم (١٦٤/١) . والحيّ ضد الميّت - وأحياه جعله حيًا . راجع القاموس المحيط باب الواو والياء فصل الحاء (٣٢٣/٤) .
وفي الاصطلاح : إصلاح الأرض الموات بالبناء أو الغرس ونحوه .
والموات . ما لا ينتفع به من الأرض لانقطاع الماء عنه بارتفاعه عنه أو ارتدام مجراه أو غير ذلك أو لغلبة الماء عليه وما أشبه ذلك مما يمنع الزراعة راجع اللباب (٢١٨/٢ ، ٢١٩) وكما هو ظاهر لا خلاف بين المعنى اللغوي والشرعي لإحياء الموات . وعبر الفقهاء المسلمون عن استغلال ظاهر الأرض وقشرتها عن طريق تعميرها بالزرع والغرس أو البناء والإنشاء بالإحياء مستمدين هذا الاصطلاح من كتاب الله تعالى ومن سنة رسوله ﷺ من مثل قوله تعالى : ﴿ وَءَايَةٌ لَّهُمُ ٱلْأَرْضُ ٱلْمَيْتَةُ أَحْيَيْنَٰهَا وَأَخْرَجْنَا مِنْهَا حَبًّا فَمِنْهُ يَأْكُلُونَ ﴾ الآية : ٣٣ من سورة يس وقوله تعالى : ﴿ يُخْرِجُ ٱلْحَيَّ مِنَ ٱلْمَيِّتِ وَيُخْرِجُ ٱلْمَيِّتَ مِنَ ٱلْحَيِّ وَيُحْيِ ٱلْأَرْضَ بَعْدَ مَوْتِهَا ۚ وَكَذَٰلِكَ تُخْرَجُونَ ﴾ الروم : ١٩ ومن السنة قوله ﷺ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ » ويأتي تخريجه . وكذا المناسبة الظاهرة للحياة والموات لأن الأرض قبل عمارتها لا ينتفع بها فهي كالميتة ، وبالعمارة تنبت الزرع وينتفع بها فهي حية .

(٢) ساقطة من (ن) .

(٣) راجع اللباب (٢١٩/٢) ، حاشية ابن عابدين (٤٣٢/٦) ، البدائع (١٩٤/٦) .

(٤) وبه قال الحنابلة وكذا المالكية في البعيد من العامر أما القريب فإن المالكية يشترطون إذن الإمام لإحيائه وابن حزم الظاهري لم يشترط الإذن كالشافعية والحنابلة مطلقًا . راجع المهذب (٥٥٣/١) ، الأم (٢٦٩/٣) ، الأحكام السلطانية للماوردي صـ ١٥٣ ، الشرح الصغير (٣٣٥/٣) ، مواهب الجليل (١٢/٦) ، الدسوقي على الشرح الكبير (٦٩/٤) ، المغني (٥٧٠/٥) والمحلى (٢٣٣/٨) .

(٥) الصحابي الجليل - معاذ بن جبل بن عمر بن أوس بن عائذ بن عدي الأنصاري الخزرجي ، يكنى أبا عبد الرحمن ، بعثه النبي ﷺ قاضيًا إلى الجند في اليمن . اختلف في وفاته ، فقيل سنة ثمان عشرة وقيل سبعة عشرة وقيل تسعة عشرة بناحية الأردن وله خمس وثلاثون سنة تقريبًا . راجع الاستيعاب (١٤٠٣/٣) ، شذرات الذهب (٣٠/١ ، ٦٢) ، طبقات ابن سعد ج ٣ ق صـ١٢٠ ط دار التحرير ، طبقات القراء لابن الجزري (٣٠١/٢) ، العبر (٢٢/١) ، خلاصة تهذيب الكمال صـ ٣٢٤ ، طبقات الحفاظ صـ ٦ .

مَا طَابَتْ بِهِ نَفْسُ إِمَامِهِ » .

١٨٠٠٧ - [فإن قالوا] (١) هذا مرسل (٢) رواه محكول (٣) ، عن جنادة (٤) بن أبي أمية قال : نزلنا مع أبي عبيدة (٥) بن الجراح دابق(٦) وذكر الخبر . فإن قيل قد طابت به نفس رسول الله ﷺ وهو الإمام ، قلنا : هذا الخبر رواه معاذ بن جبل ﷺ حين طلب حبيب ابن مسلمة (٧) فقال معاذ : مهلًا يا حبيب ، فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول « إِنَّمَا لِلْمَرْءِ مَا طَابَتْ بِهِ نَفْسُ إِمَامِهِ » (٨) فقد فهم معاذ أن المراد الإمام من بعد

---

(١) ساقط من (م) .

(٢) الحديث المرسل . هو ما رواه التابعي عن الرسول ﷺ دون أن يذكر اسم الصحابي الذي رواه . راجع . تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي للسيوطي (٢٠٥/٢) ط الكتب العلمية بيروت ، مقدمة ابن الصلاح صـ (٤٢٠) ط دار الكتب . والحديث المرسل لا يعتد به الشافعي ويعتد به الجمهور وقد استثنى الشافعي بعض المراسيل كمراسيل سعيد بن المسيب فإنه يعتد بها راجع المحصول (٢٢٤/٢ ، ٢٢٨) .

(٣) راجع : تهذيب التهذيب (٢٩١/١٠ - ٢٩٣) ، طبقات الحفاظ صـ ٤٢ ، خلاصة تهذيب الكمال صـ ٢٣١ ، طبقات ابن سعد (٢٨٥/٧) صـ (١٦٠) ، العبر (١٤٠/١) ، النجوم الزاهرة (٢٧٢/١) .

(٤) في (ن) « حيادة » ، في (م) ، (ع) « عبادة » وكلاهما خطأ . وهو جنادة بن أبي أمية الأزدى ... ومنهم من قال جنادة الأزدي ولم يقل ابن أبي أمية اختلف في صحبته . سكن الشام ومات بها سنة ٦٧ هـ . راجع الإصابة (٥٠٣/١) ، الاستيعاب (٢٤٩/١) ، شذرات الذهب (٨٨/١) الثقات (٤ - ١٠٣) ط : الهند .

(٥) في (ن) ، (م) [ابن عبيد] وهو خطأ . وهو عامر بن الجراح وقيل عبدالله بن عامر بن الجراح والصحيح أن اسمه عامر بن عبدالله بن الجراح بن هلال بن أهيب القرشي الفهري شهد بدرًا مع النبي ﷺ وما بعدها من المشاهد كلها وهو الذى انتزع من وجه رسول الله ﷺ حلقتى الدرع يوم أحد فسقطت ثنيتاه وكان لذلك أثره ، وهو أحد العشرة الذين شهد لهم رسول الله ﷺ بالجنة .

(٦) دابق . بكسر الباء وروى بفتحها قرية قرب حلب بينها وبين حلب أربعة فراسخ وبها قبر سليمان بن عبد الملك . راجع معجم البلدان لياقوت الحموي (٤١٦/٢) .

(٧) في جميع النسخ [سلمه] وهو خطأ . وهو حبيب بن مسلمة بن مالك بن وهب بن ثعلبه واثله بن عمرو بن شيبان بن محارب بن فهر بن مالك الفهري سكن الشام ، ومات بأرمينية وقيل بالشام سنة ٤٢ هـ وصلى عليه مروان بن الحاكم . راجع الثقات (٨١/٣) ، الاستيعاب (٣٢٠/١) ، وفيات الأعيان (١٨٦/٣) .

(٨) أخرج الطبراني في الكبير عن موسى بن يسار عن مكحول عن جنادة بن أبي أمية قال : نزلنا دابق وعلينا أبو عبيدة بن الجراح فبلغ حبيب بن مسلمة أن بنّة صاحب قبرس خرج بطريق أذربيجان ومعه زمرد وياقوت ولؤلؤ وذهب وديباج في خيل . فقتله ، وجاء بما معه فأراد أبو عبيدة أن يخمسه فقال حبيب : لا تحرمني رزقا رزقنيه الله فإن رسول الله جعل السلب للقاتل ، فَقَالَ مُعَاذ : يَا حَبِيبُ إِنِّي سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يقولُ « إِنَّمَا لِلْمَرْءِ مَا طَابَتْ بِهِ نَفْسُ إِمَامِهِ » . انظر المعجم الكبير للطبراني (٢٠/٤) رقم ٣٥٣٣ ، مجمع الزوائد (٣٣١/٥) ، وقال الهيثمي فيه عمرو بن واقد وهو متروك وقد ناقش ابن حزم الاستدلال بهذا الحديث فقال « أما الأثر =

النبي ﷺ ولم يخالفه في ذلك أبو عبيدة ولا حبيب بن مسلمة [١] .

١٨٠٠٨ - ولأن النبي ﷺ إمام في الحقيقة ، إلا أنه يذكر [٢] الاسم الأعظم الأخص وهو النبوة واسم الإمام يحمل على من يسمى بذلك على الإطلاق .

١٨٠٠٩ - ولأنه أحيا مواتا بغير إذن الإمام ، فوجب أن لا يملكها به . أصله : الذمي [٣] إذا أحيا في دار الإسلام .

١٨٠١٠ - فإن قيل : المسلم [٤] آكد حكمًا في التمليك بدلالة أنه يملك العبد المسلم والكافر ، والذمي ممنوع من تملك المسلم ، ويمنع من نكاح المسلمة ، ويملك المسلم الصدقات المفروضة ، ولا يملكها الذمي ، ويملك المسلم السهم الكامل من الغنيمة والذمي [يرضخ] [٥] له .

١٨٠١١ - قلنا : الذمي أيضًا يملك [٦] مالا يملكه المسلم ، لأنه يملك [الخنزير والخمر] [٧] . ويتزوج المجوسية ، ويملك الصدقات إذا [دفعت إليه] [٨] باجتهاد [٩] ونقصان حقه في الغنيمة كنقصان حق المرأة ، ولا يدل ذلك على أنها غير مساوية

=فموضوع لأنه من طريق عمر بن واقد وهو متروك بالإجماع . ثم هو حجة عليهم ؛ لأنهم أول من خالفه ، فقد أباحوا الصيد لمن أخذه بغير إذن الإمام ... ولا يعارض بمثل هذا الأثر الكاذب حكم رسول الله ﷺ بالسلب للقاتل وبالأرض لمن أحياها . راجع المحلى (٢٣٤/٨) .

(١) بالنسخ [سلمة] وهو خطأ كما سبق في ترجمته .

(٢) في (ن) ، (م) ، (ع) : [لم يذكر] وهو خطأ والمراد أن النبي ﷺ إمام غير أنه ينادى بالنبي وهو الاسم الأخص ولا ينادى بالإمام .

(٣) يأتي حكم إحياء الذمي أرض الموات في المسألة التالية .

(٤) في (ن) : [السلم] وهو خطأ .

(٥) رضخ زيد شيئا أعطاه كارها . القاموس المحيط باب الخاء فصل الراء (٢٦٩/١) والمراد بالرضخ إعطاء من لا سهم لهم مقدارا من الغنيمة كالنساء والصبيان والذمي ممن شهد الوقعة . وقد اختلف أهل العلم في الإسهام للنساء والصبيان والعبيد والذميين إذا حضروا القتال مع المسلمين ، إلا أن الجمهور يرى عدم الإسهام لهؤلاء وأنهم يرضخ لهم رضخًا . وهو ما رجحه الإمام الشوكاني قال : والظاهر أنه لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد والذميين . وما ورد من الأحاديث مما فيه إشعار بأن النبي ﷺ أسهم لأحد من هؤلاء فينبغي حمله على الرضخ ، وهو العطية القليلة . راجع نيل الأوطار (٢٨١/٧) .

(٦) في (ن) : [يملك أيضا] .

(٧) في (ن) : [الخمر و الخنزير] .

(٨) في (ص) ، (م) ، (ع) : [عليه] ولعلها [دفعت إليه] .

(٩) أي إذا دفعت إليه الزكاة على أنه مُسْلِم وذلك على رأى أبي حنيفة ومحمد خلافًا لأبي يوسف فإنه لا يملكها ولا تسقط الزكاة عن مخرجها وتلزمه الإعادة عنده . راجع البدائع (٥٠/٢) .

للرجل في أسباب التملك .

١٨٠١٢ - فإن قيل : الذمي ليس من أهل دارنا بدلالة أنه لا يقيم فيها إلا بعوض فلذلك لا يملك [بالإحياء] (١) .

١٨٠١٣ - قلنا : هذا غير مسلم بل هو من أهل الدار ، ولهذا تجرى عليه أحكامنا وتقام عليه الحدود .

١٨٠١٤ - ولأنه سبب [لا يملك] (٢) به الميراث إذا كان فيه أثر العمارة فلم يملك به ما ليس عليه أثرها [بالتحيز (٣) ، ولأن] (٤) كل عين جاز للإمام أن يقطعها لإنسان ويخصه بها وقف جواز [تصرفه] (٥) فيها على إذنه (٦) .

١٨٠١٥ - أصله : مال بيت المال ، وخمس الغنيمة وعكسه « الماء » (٧) والحطب والحشيش والصيد (٨) .

١٨٠١٦ - ولأنه مال / [ظاهر] (٩) وصل إلينا بزوال أهل الشرك عنه فلم يجز الانفراد به إلا بإذن الإمام كالأرض العامرة .

---

(١) في (م) ، (ع) : [الإحياء] .
(٢) في (م) ، (ع) : [يملك] .
(٣) في (م) ، (ع) : [بالتمييز] .
(٤) في (م) ، (ع) : [فلأن] .
(٥) في (ن) : [تعرفه] وهو خطأ .
(٦) يريد أن أرض الموات لما جاز للإمام أن يقطع منها من شاء من المسلمين فلا يجوز لأحد أن يتصرف فيها إلا بإذنه . قال الماوردي : « إقطاع السلطان يختص بما جاز فيه تصرفه ونفذت فيه أوامره لا يصح فيما تعين فيه مالكه وتميز مستحقه ، وهو ضربان . إقطاع تمليك وإقطاع استغلال . فأما إقطاع التمليك فتنقسم فيه الأرض المقطعة ثلاثة أقسام : موات ، وعامر ، ومعادن . فأما الموات فعلى ضربين أحدهما ما لم يزل مواتًا على قديم الدهر ، فلم تجر فيه عمارة ، ولا يثبت عليه مالك فهذا يجوز للسلطان أن يقطعه من يحييه ومن يعمره ، ويكون الإقطاع على مذهب أبي حنيفة شرطًا في جواز الإحياء ، لأنه يمنع من إحياء الموات إلا بإذن الإمام ، وعلى مذهب الشافعي أن الإقطاع يجعله أحق بإحيائه من غيره ، وإن لم يكن شرطا في جواز الإحياء ، لأنه يجوز إحياء الموات بغير إذن الإمام » . ويؤخذ من هذا النص جواز إقطاع الإمام أرض الموات لمن يحييها في المذهب الشافعي . ومثله في ذلك المذهب الحنفي أيضًا . راجع الأحكام السلطانية ﷺ - ١٦٤ ، بدائع الصنائع (١٩٤/٦) .
(٧) في (م) ، (ع) : [المال] وهو خطأ .
(٨) وإنما لم يقف جواز التصرف في هذه الأربعة على إذن الإمام لأنها توجد على أصل الإباحة ، والناس جميعًا شركاء فيها ، ولا فرق بين المسلم وغيره لقوله ﷺ : « النَّاسُ شُرَكَاء فِي ثَلَاثَةٍ الْمَاءِ وَالْكَلَأِ والنَّارِ » ويأتي تخريجه .
(٩) في (ن) : [طاهر] وهو خطأ .

١٨٠١٧ - ولا يقال : لا نسلم أنها مال [١] ، لأن الإمام يجوز أن يقطعها ، ولو باعها جاز ، والبيع لا يجوز إلا في مال .

١٨٠١٨ - ولا يقال : لا نسلم أنها كانت في يد المشركين . لأن يد أهل المصر [ثابتة] [٢] على جميع المصر [العامر فيه] [٣] و [الغامر] [٤]

١٨٠١٩ - ولا يلزم الصيد والحشيش ؛ لأن ذلك ليس بمال ولا يجوز بيعه قبل الحيازه [٥]

١٨٠٢٠ - ولا يلزم [المعدن] [٦] والركاز [٧] « لأنه ليس بظاهر » [٨] .

١٨٠٢١ - فإن [قيل [٩]] المعنى في الأراضي المغنومة [١٠] أن قدر المستحق [مختلف] [١١] فيه فيوقف على [الإمام لأن] [١٢] الجيش لو كانوا كلهم [رَجّالة] [١٣]

---

(١) ووجه عدم التسليم بماليتها أنها ميته لا نفع فيها والمال ينتفع به .

(٢) في (ن) : [نائبه] وهو خطأ . (٣) في (ن) : [العام فيه] وهو خطأ .

(٤) ساقطة من (ن) وفي (م) : [العام] وهو خطأ والغامر . الخراب أو الأرض كلها ما لم تستخرج حتى تصلح للزراعة . القاموس المحيط باب الراء فصل الغين (١٠٨/٢) .

(٥) في (ن) : [الحيازة] ، وفي غيرها : « انحيازه » .

(٦) المعدن . كمجلس منبت الجواهر من ذهب ونحوه لإقامة أهله فيه دائمًا أو الإنبات الله ﷻ إياه فيه . القاموس المحيط باب النون فصل العين (٢٤٨/٤) .

(٧) ركز الرمح يركزه ويركزه غرزه في الأرض .... والركاز هو ما ركزه الله تعالى من المعادن ، أي أحدثه كالركيزة ودفين أهل الجاهلية . القاموس المحيط باب الزاى فصل الراء (١٨٣/٢) . وجمهور الفقهاء يجعلون ما وجد في الأرض بأصل الخلقة من المعادن وما كان من دفين البشر ركازًا . والأحناف يجعلون ما وجد في الأرض بأصل الخلقه معدِنا ، وما كان من دفين البشر كنزا ، والركاز يطلق عليهما ويجعلون استعماله للمعدن حقيقة وللكنز مجازًا . راجع بدائع الصنائع (٦٥/٢) ، النظم المستعذب (٢١٩/١) ، بداية المجتهد (١٨٨/١) ولهم رواية توافق الأحناف في أن المعدن ركاز ، المغني (١٨/٢ ، ٢٤) .

(٨) في (ن) : [لأنه مال ليس بمال ظاهر] . (٩) ساقطة من (ص) ، (م) ، (ع) .

(١٠) في (م) : [المضمومه] وفي (ن) : [المضمونه] وكلاهما خطأ .

(١١) في (ن) : [يختلف] . ووجه الاختلاف في القدر المستحق هو اختلاف الآثار الواردة في قدر السهام للفارس والفرس . ولذا اختلف الفقهاء في مقدار السهم المستحق لهم . فيرى الإمام أبو حنيفة أن للفارس وفرسه سهمين سهم للفارس وسهم للفرس . ويرى الجمهور أن للفرس سهمين وللفارس سهما واحدا . أما الراجل فلا خلاف بين الفقهاء على أنه يستحق سهمًا واحدًا .

(١٢) كذا بالنسخ ولعل صواب العبارة الإمام قلنا لا نسلم لأن .... » .

(١٣) الرجّالة . جمع راجل والمراد من يقاتل على غير فرس .

لم يختلف في قدر استحقاقهم ومع ذلك يفتقر [تعيين] [(١)] حق كل واحد إلى إذن الإمام وفي مسألتنا وإن لم يختلف في قدر التملك ، فقد اختلف في نفس التمليك فأولى أن يقف ذلك على الإمام .

١٨٠٢٢ - احتجوا : بما روى سعيد [بن] [(٢)] زيد بن عمرو بن نفيل ﷺ[(٣)] عن النبي ﷺ [أنه قال] [(٤)] : مَنْ أَحْيَا أَرضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ ، وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ [(٥)] [(٦)] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [بغير] وهو خطأ .

(٢) في (ن) : [و] وهو خطأ لأنه اسم واحد وهو : سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل بن عبد العزى العدوي . أحد العشرة المشهود لهم بالجنة . أسلم قبل دخول الرسول ﷺ دار الأرقم . وهاجر وشهد أحدًا والمشاهد بعدها ولم يشهد بدرًا لأنه لم يكن بالمدينة وضرب له النبي ﷺ بسهم في غنائمها وكان إسلام عمر عنده في بيته ؛ لأنه زوج أخته . توفى بالعقيق فحمل إلى المدينة سنة ٥٠ هـ وقيل إحدى وخمسين وقيل اثنتين وخمسين . راجع الإصابة (١٠٣/٣ - ١٠٤) ، التهذيب (٣٤/٤) ، التقريب (٢٩٦/١) ، الاستيعاب (٦١٤/٢) ، أسد الغابة (٣٨٧/٢) .

(٣) ساقطة من (ص) وفي (م) : [ﷺ] . (٤) ساقطة من (ن) ، (م) ، (ع) .

(٥) من طريق سعيد أخرجه أبو داود - كتاب الخراج (٤٥٤/٣) والترمذي (٦٦٢/٣) وقال عنه حسن غريب . قال الشوكاني . حسّنه الترمذي وأعله بالإرسال فقال روى مرسلًا وقد اختلف في تعيين الصحابي الذي روى عنه ، راجع نيل الأوطار (٣٠٢/٥) وهذا الاختلاف لا يوهن الحديث ؛ لأنه روي موصولًا من طريق جابر فقد أخرجه البخاري من طريق جابر (١٣٩/٣) ، ابن حجر في الفتح (١٨/٥) وأحمد في مسنده (٣٣٨/٣) ، الترمذي أيضًا (٦٦٢/٣) وقال عنه حسن صحيح . وانظر موطأ الإمام مالك . باب عمارة الموات (٧٤٣/٢) ونصب الراية (١٧٠/٤) .

(٦) جاء في مختصر خلافيات البيهقى « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ أَذِنَ لَهُ ٱلْإِمَامُ فِي إِحْيَائِهَا أَوْ لَمْ يَأْذَنْ . وقال أبو حنيفة لا يملكها إلا بإذن الإمام ودليلنا من طريق الخبر ما روى عن سعيد بن زيد عن النبي ﷺ قال : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ » . عن عروة قال : « أشهد أن رسول الله ﷺ قضى أن الأرض أرضُ الله والعباد عبادُه ومن أحيا مواتًا فهو أحق بها . وروى عن عائشة مرفوعًا وعند أبي داود عن أحمد بن حنبل بإسناده عن الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ قَالَ : « مَنْ أَحَاطَ عَلَى أَرضٍ فَهِيَ لَهُ » وروى الشافعي عن مالك عن هشام . عن أبيه أن النبي ﷺ قال : « من أحيا أرضا ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق» . قال وأخبرنا مالك عن ابن شهاب عن سالم عن أبيه أن عمر ﷺ قال من أحيا أرضا ميتة فهي له ، وروى عن رجل من أصحاب النبي ﷺ قال : غزوت مع رسول الله ﷺ سبع غزوات أو ثلاث غزوات فسمعته يقول المسلمون شركاء في ثلاثة في الماء والكلأ والنار فالنبي ﷺ جعل الناس شركاء فيما لم يكن ملكًا لأحد ولم يشترط في الانتفاع بها إذن السلطان وكذلك إحياء الموات الذي ليس بملك لأحد يجوز دون إذن السلطان . وكذلك إحياء الموات الذي ليس بملك لأحد يجوز دون إذن السلطان راجع مختصر خلافيات البيهقي ورقة ٢٢٣ .

١٨٠٢٣ - الجواب : أن الإحياء في اللغة هو [1] العمارة ، وذلك مما لا يملك فيه باتفاق إلا بشرائط عندنا : إذن الإمام وانتفاء حق المستحق فيها ، وعندهم لابد من انتفاء الحقوق عنها [2] . والاسم اللغوي لا يفيد ذلك [3] فعلم أنه شرعي ، فلا يثبت إلا في الموضع الذي دل الشرع عليه .

١٨٠٢٤ - ولهذا قال أبو حنيفة لا يكون الإحياء إلا بإذن الإمام ، رواه أبو يوسف [4] عنه [5] فجعل الاسم شرعيًا [6] . [ولأنا] [7] أجمعنا على أن المراد بالخبر من أحيا أرضا لا حق [لغيره] [8] فيها ، ولو صرح بهذا في الخبر [لم] [9] نسلم لمخالفنا [وجود] [10] ذلك في أراضى دار الإسلام ، [11] لأن حق جماعة المسلمين متعلق بها كما يتعلق بمال بيت المال .

١٨٠٢٥ - ولأن النبي ﷺ يبن الشرع ، ويتصرف بالولاية [بالأول] [12] ، كقوله « من بدل دينه فاقتلوه » [13] ، ....

---

(١) في (ع) : [هي] وهو خطأ

(٢) انتفاء حق الغير شرط في الإحياء باتفاق خلافا لإذن الإمام الذي هو موضوع المسألة .

(٣) يقصد أن الاسم اللغوي للإحياء لا يشترط فيه خلو الأرض المحياة من حقوق الغير ولا إذن الإمام بل بمجرد حصول أسباب الصلاح للأرض تكون محياة في اللغة حتى لو لم يأذن الإمام أو تعلق بها حق الغير .

(٤) ساقطة من (ص) .

(٥) من (ن) وساقطة من غيرها . راجع الرواية في المصادر المذكورة في صدر المسألة .

(٦) يقصد أن المراد بالإحياء الوارد في الحديث هو الإحياء بمعناه الأخص الذي تراعى فيه الشروط الشرعية . فيكون المراد عمارة الأرض الموات التي لا يتعلق بها حق الغير بإذن الإمام .

(٧) في (ن) : [ولانا إذا] .

(٨) في (ن) : [لا حد فيها] .

(٩) في (م) ، (ع) : [لا] .

(١٠) من (ن) وفي غيرها [يجوز] .

(١١) العبارة كذا بالنسخ ولعل صوابها « ولأنا أجمعنا على أن المراد بالخبر من أحيا أرضًا لا حق لغيره فيها - ولم يصرح - بهذا في الخبر ، ولو صرح بهذا في الخبر لا نسلم لمخالفنا وجود ذلك في أراضى دار الإسلام .

(١٢) كذا بالنسخ ولعلها [فالأول] .

(١٣) للحديث روايات مختصرة ومطولة اتفقت جمعيها على حكم المرتد والحديث يروى من طريق عكرمة عن ابن عباس . ومن هذا الطريق أخرجه البخاري - باب لا يعذب بعذاب الله (٧٥/٤) ، باب حكم المرتد (١٨/٩) ، وأبو داود كتاب الحدود باب الحكم فيمن ارتد (٥٢٠/٣) رقم ٤٣٥١ ، والنسائي (١٠٣/٧) رقم ٤٠٥٩، الدارقطني (١٠٨/٣) رقم ٩٠ . ويروى من طريق معاذ - وقد أخرجه من هذا الطريق أحمد في المسند (٢٣١/٥) ، والبهيقي باب قتل المرتد عن دين الإسلام (١٩٥/٨ ، ٢٠٢ ، ٢٠٥) ٧١/٩ وانظر الحديث في مصنف ابن أبي شيبه (٢٦٢/١٢) ، (٢٧٠/١٤) والمعجم الكبير للطبراني (٣٣٠/١٠) رقم ١٠٦٣٨ .

ومن اشترى طعامًا فلا يبعه حتى يقبضه [١] . ومن باع عبدا فماله للبائع [٢]

١٨٠٢٦ – والثاني [٣] : كقوله « من دخل دار أبي سفيان [٤] فهو آمن ، ومن تعلق بأستار الكعبة فهو آمن ، ومن ألقى سلاحه فهو آمن » [٥] وقوله ﷺ : « من أحيا أرضا ميتة فهي له » يحتمل أن يكون بيانًا لحكم ، فيتناول ذلك جميع الناس إلى قيام الساعة ، ويحتمل أن يكون شرطًا من حيث التصرف للمسلمين ، والولاية عليهم ، فيختص بمن خاطبه ، ومن توجه الكلام إليه ولا يعتبر عمومه فلم يجز حمله على العموم .

١٨٠٢٧ – ولهذا قلنا : في قول ﷺ « من قتل قتيلًا فله سلبه » [٦] أنه شرط بحق

---

(١) الحديث يروى من طريق ابن عباس وابن عمر بألفاظ متقاربة . راجع ، صحيح البخاري – باب بيع الطعام قبل أن يقبض وبيع ما ليس عندك (٩٠/٣) ، ومسلم باب بطلان بيع المبيع قبل القبض (١١٦٠/٣) رقم ١٥٢٥ ، (١٦١/٣) ، سنن أبي داود – كتاب البيوع والإجارات (٧٦٣/٣) رقم ٣٤٩٧ النسائي كتاب البيوع بيع الطعام قبل أن يستوفى (٢٨٦/٧) رقم ٤٦٠٠ . وانظر كشف الأستار عن زوائد البزار باب من باع طعامًا فلا يبعه حتى يستوفيه (٨٥/٢) .

(٢) حديث صحيح أخرجه البخاري – باب الرجل يكون له ممر أو شِرْب فللبائع . عن سالم بن عبد الله عن أبيه ﷺ قال سمعت رسول الله ﷺ يقول من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع ، ومن ابتاع عبدا وله مال فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع . صحيح البخاري (١٥١/٣) ، ومسلم في صحيحه – باب من باع نخلًا عليها ثمر (١١٧٣/٣) رقم ١٥٤٣ ، وأبو داود كتاب البيوع والإجارات باب في العبد يباع وله مال (٧١٣/٣) ، النسائي باب العبد يباع ويستثنى المشتري ماله (٢٩٧/٧) رقم ٤٦٣٦ . والترمذي باب ما جاء في ابتياع النخل بعد التأبير والعبد وله مال (٥٤٦/٣) رقم ١٢٤٤ ، ابن ماجه ، في التجارات ، باب ما جاء فيمن باع نخلًا مؤبرًا أو عبدًا له مال (٧٤٦/٢) رقم ٢٢١١ .

(٣) أي من أمثلة تصرفه عن طريق الولاية .

(٤) أبو سفيان صخر بن حرب بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف الأموي القرشي والد معاوية ويزيد .. أسلم يوم الفتح وشهد مع رسول الله ﷺ حنينًا وأعطاه من غنائمها مائة بعير ، وأربعين أوقية ، أتى به العباس يوم الفتح وأردفه خلفه وسأله أن يؤمنه فلما رآه رسول الله ﷺ قال : ويحك يا أبا سفيان أما آن لك أن تعلم أنى رسول الله فقال بأبي أنت وأمي ما أوصلك وأحلمك وأكرمك أما هذه ففي النفس منها شيء فقال له العباس ويلك اشهد شهادة الحق قبل أن تضرب عنقك فشهد وأسلم ، ثم سأل العباس رسول الله أن يؤمن من دخل داره توفى سنة ٣٣هـ وقيل غير ذلك . راجع . الاستيعاب (١٦٨٠/٤) ، الإصابة (٤١٢/٣) ، تقريب التهذيب (٣٦٥/١) .

(٥) أخرجه مسلم في صحيحه من حديث العباس بن عبد المطلب – باب فتح مكة (١٢٨٠/٣) رقم ٣٢ ، ومن حديث أبي هريرة أخرجه أحمد في مسنده بلفظ مقارب (٢٩٢/٢ ، ٥٣٨) ، والبيهقي في السنن ، باب بيع دور مكة وكرائها وجريان الإرث فيها (٣٤/٦) ، والدارقطني (٦٠/٣) رقم ٢٣٢ .

(٦) أخرجه البخاري – كتاب الخمس (١٢/٤) ، ومسلم باب استحقاق القاتل سلب القتيل (١٣٧١/٣) رقم ١٧٥١ ولهما زيادة له عليه بينه بعد قوله من قتل قتيلًا . وأخرجه أحمد بلفظ مقارب (٢٩٥/٢) =

الولاية والمصلحة ، وليس لبيان الشرط .

١٨٠٢٨ - قالوا : روى أن ﷺ قال : « موتان الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم مني » (١) .

١٨٠٢٩ - قال أهل اللغة : بفتح الميم (٢) .

١٨٠٣٠ - قالوا : « وقولنا هذا يدل على أنها لجماعة المسلمين . وكذلك نقول » (٣) فلا يجوز الانفراد بعمارتها إلا بإذن من يملك التصرف على جماعتهم وهو الإمام .

١٨٠٣١ - قالوا : روى أسمر بن مضرس (٤) قال : أتيت النبي ﷺ فبايعته فقال : « من سبق إلى ما لا يسبقه إليه مسلم له فهو له فخرج الناس يتعادون و (٥) يتخاطون » (٦)

١٨٠٣٢ - قلنا : الجواب عن هذا الشرط كالجواب عن الخبر الأول

١٨٠٣٣ - قالوا : عين (٧) مباحة فلا يفتقر تملكها إلى إذن الإمام كالحشيش والصيد والماء (٨) .

= وأبو داود (١٦١/٣) ولأبي داود برواية كافرًا « بدل « قتيلًا » (١٦٢/٣) . والدارمي - باب من قتل قتيلًا فله سلبه - بلفظ « كافرًا » (٢٢٩/٢) ومالك في الموطأ باب ما جاء في السلب وله زيادة « إلا يوم حنين (٤٥٥/٢) . « وانظر مصنف ابن أبي شيبة (٣٧٢/١٢) رقم ١٤٠٣٦ ، (٥٢٤/١٤) رقم ١٨٨٣٤ .

(١) راجع السنن الكبرى للبيهقي - باب لا يترك ذمي يحييه لأن رسول الله ﷺ جعلها لمن أحياها (١٤٣/٦) وانظر تلخيص الحبير (٦٢/٣) .

(٢) يقصد بذلك أنها من المن ومن عليه منا أنعم واصطنع عنده صنيعه . راجع القاموس المحيط باب النون فصل الميم (٣٧٤/٤) وانظر نص النكت الآتي .

(٣) العبارة كذا بالنسخ ولعل صوابها قالوا « هذا يدل على أنها لجماعة المسلمين قلنا وكذلك نقول » .

(٤) في جميع النسخ إسماعيل بن مضرس وهو خطأ وما أثبتناه من كتب التراجم . وهو أسمر بن مضرس الطائي - ويقال هو أخو عروة بن مضرس روت عنه ابنته عقيلة وأسمر هذا أعرابي ، ولم يرو عن رسول الله غير هذا الحديث راجع الاستيعاب (١٤٣/١) ، التهذيب (٣٣٨/١) ، التقريب (٧٥/١) .

(٥) ساقط من ن .

(٦) أخرجه أبو داود أسمر بن مضرس عن النبي ﷺ راجع السنن له (٤٥٣/٣) رقم ٣٠٧١ ، البيهقي - باب القاضي يقدم الناس الأول فالأول (١٣٩/٦) ، الطبراني في الكبير (٢٨٠/١) . قال المنذري هذا الحديث غريب ، وقال البغوي فيه ثلاث مجهولات ، وقال لا أعلم بهذا الإسناد حديثا غير هذا راجع شرح السنة (٢٨١/٣) ، تلخيص الحبير (٦٣/٣) ومعنى يتعادون أي يسرعون ويتخاطون أي يحاول كل واحد منهم أن يسبق الآخر إلى تخطيط ما يريد أن يضع يده عليه ويضع عليه علامة تبين ذلك . « وهو مايسمى بالتحجير» راجع سنن أبي داود في الموضع المذكور .

(٧) ساقط من (ع) وفي (ن) ، (م) : [غير] وهو خطأ .

(٨) راجع المهذب (٥٥٣/١) ، مغني المحتاج (٣١٦/٢) ويأتي في نص النكت .

١٨٠٣٤ - قلنا : لا نسلم أن الموات مباح بل حق جميع المسلمين يتعلق به ، وإن لم يتعين ملك أحد فيه كمال بيت المال والغنيمة قبل القسمة .

١٨٠٣٥ - قالوا : معنى [1] قولنا مباح : أنه لم يجر عليه ملك ، ولا سبب ملك ولا يضمن متلفه .

١٨٠٣٦ - قلنا : هذا غير مسلم ، لأنه قد جرى عليه سبب ملك وهو الغلبة وإتلافه لا يتصور ، فإن فعل فاعل فيه ما يزيد في خرابه وتقل معه عمارته ضمن الإمام عنه .

١٨٠٣٧ - والمعنى فيه ما ذكروه أن الإمام لا يملك أن يفرد بالموات واحدا من الناس فلم يقف تملكه على إذنه [2] . ولما لم يملك [أن يفرد بالموات واحدًا] [3] دون غيره وقف الانفراد به على إذنه كمال بيت المال ، ولأن الحشيش لا يتعلق بتملكه حق يتولاه الإمام ، ولا يد له عليه فلم يقف تملكه على إذنه ، وتملك الموات يتعلق به [إما] [4] عشر [5] أو خراج [6] . وذلك مما يتولاه الإمام ، فوقف على إذنه ، ليأذن لمن يتق في حق المسلمين ، ونعكس العلة فنقول . عين مباحة فاستوى في تملكها المسلم والذمي [7] والوصف مؤثر ، لأن قولنا : عين مباحة يحترز به عن الخمر والخنزير [8]

١٨٠٣٨ - قالوا : الإحياء جهة للتملك فلا يفتقر إلى إذن الإمام أصله البيع والهبة [9] .

---

(١) ساقط من (ن) .

(٢) لأن الحشيش والصيد والماء يوجد على أصل الإباحة والناس جميعًا سواء في تملكها ولا يتعلق بها حق لأحد .

(٣) في (ن) : [أن ينفرد بالموات واحد] .   (٤) في (ع) : [إثبات] .

(٥) عشر يعشر أخذ واحدا من عشرة . القاموس المحيط باب الراء فصل العين (٩٢/٢) .

(٦) الخرج والخراج الإتاوة . القاموس المحيط باب الجيم فصل الخاء (١٩١/١) . والمراد بالعشر هو زكاة الخارج من الأرض الذي يقصد بزراعته نماء الأرض والغلة . وهو لا يجب إلا على المسلم لأنه زكاة . راجع حاشية ابن عابدين (٣٢٥/٢) والخراج ما يخرج من غلة الأرض والأراضي على قسمين عشرية وخراجية ، وكل واحد منهما له أنواع ، فمن أنواع العشرية : أرض العرب وكل أرض أسلم أهلها عليها طوعا وكل ما اتخذه المسلم من بستان أو إحياء من أرض الموات والأراضي التي فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين وأهم أنواع الأرض الخراجية . سواد العراق كلها وكل أرض فتحت عنوة وتركت على أيدي أربابها وكذلك ما اتخذه الذمي من بستان أو إحياء « راجع الخراج لأبي يوسف ص ٢٥ - ٧٥ ط السلفية » . ومن خلال ما سبق أن العشرية هي الأرض التي أحياها مسلم والخراج يتعلق بما أحياه الذمي .

(٧) أي في الحشيش والصيد والماء .   (٨) فإنهما مباحان فلا يملكهما المسلم .

(٩) ذكره الشيرازي مع غيره من أدلة المسالة في معرض استدلاله للشافعية ومناقشة الأحناف حيث قال « يجوز إحياء الموات بغير إذن الإمام . وقد قال أبو حنيفة لا يجوز . لنا ما روى سعيد بن زيد أن النبي ﷺ قال : « من =

١٨٠٣٩ – قلنا : يبطل [بما] [١] يوجد من مال بيت المال .

١٨٠٤٠ – فإن قالوا : إن ذلك مملوك فإنما يعنى [الإمام] [٢] الملك فيه

١٨٠٤١ – قلنا : وكذلك نقول في الموات [فيه] [٣] حق للجماعة كما لهم في بيت المال والإمام يعين ذلك الحق بالإذن .

١٨٠٤٢ – ولأن البيع والهبة لا يتحدد بالتملك بهما حق اللّٰه تعالى في المملوك .

١٨٠٤٣ – ولا يتميز حق الواحد عن غيره فلم يقف على الإمام ، والإحياء يتحدد بالتملك به حق اللّٰه تعالى [٤] متعلق بالمملوك ، وذلك الحق يختلف باختلاف المالكين ، فمنهم من يتوقى به الحق ومنهم من يُزْريه ، فوقف على إذن الإمام ليتخير الأصلح للمسلمين . أو نقول إن البيع والهبة يقفان على إذن من له حق في المعقود عليه فلا يقع [الملك] [٥] دون إذنه ، وكذلك التملك بالإحياء يقف على الإمام الذي يملك التصرف في الحق المتعلق بالمملوك وهو الخراج [أو] [٦] العشر .

١٨٠٤٤ – قالوا : أجزاء الأرض متساوية لا ميزة لبعضها على بعض ، ولا خلاف أن

= أحيا أرضا ميتة فهي له » ولأنه له مباح فلا يفتقر إلى إذن الإمام كالصيد . والدليل على الوصف أنه يجوز أخذ أجزائه ، ولو لم يكن مباحًا لم يجز . ولأنه سبب من أسباب التملك فلا يفتقر إلى إذن الإمام كالبيع والهبة والاصطياد . ولا يلزم عليه أخذ مال بيت المال لأن الأخذ ليس سببا لتمليكه ، بل هو مملوك قبل الأخذ ، وإنما الأخذ تعيين لما يملكه ، وإن سلم أنه سبب فلا يفتقر الآخذ إلى الإذن وإنما يفتقر إلى الدفع ، كالإيجاب لقبول البيع لا يفتقر إلى الإذن فيه . احتجوا بقوله ﷺ : « ليس لكم إلا ما طابت به نفس إمامكم . » قلنا : الرسول ﷺ إمام الخلق ولهذا يقال فيه إمام المتقين ، وقد طابت به نفسه فيما رويناه ، ثم هو عام فنخصه . قالوا للإذن فيه مدخل ، ولهذا إذا أقطع رجلًا أرضًا كان أحق بإحيائها ، ولو حجر رجل أرضا فإن للإمام أن يطالبه بإتمام العمارة أو التخلية بينه وبينها فافتقر تملكه إلى إذنه ، كالحمى ومال بيت المال . قلنا ينكسر بالكلأ فإن له أن يحمى ما يرى ثم لا يفتقر إلى إذنه ، والغنيمة مملوكة لأهلها ، وإنما يفتقر إلى الدفع . ثم الغنيمة تفتقر إلى الإذن في قدر ما يعطى الفارس والراجل وأهل الرضخ ، ومعرفة قدر حاجات أهل الخمس ومال بيت المال للمصالح ، فوقف ذلك على رأي الإمام ، والموات بخلافه . يدل عليه أنه لا يجوز في مال بيت المال أن يبيح ما شاء لمن شاء ويجوز ذلك في الموات . راجع النكت ورقة ١٧٩ ، ١٨٠ .

(١) في (م) ، (ع) : [بمن] .
(٢) كذا بالنسخ ولعل صوابها [للإمام] .
(٣) في (م) (ع) : [لو فيه] وفي غيرهما : « أو فيه » .
(٤) لعله من الأفضل إضافة كلمة [فهو] .
(٥) في (ن) : [بالملك] .
(٦) في (ن) : [و] وهو خطأ لأن العشر والخراج لا يجتمعان عند الأحناف . راجع رؤوس المسائل للزمخشري ص ٢١٤ .

بعض أجزاء الموات [يصح [1]] تملكه بغير إذن الإمام ، وهو إذا أخذ ترابا من الموات ليطين به داره . [وكذلك] [2] جاز تملك باقي الأرض بغير إذن الإمام . ألا ترى أن الحطب لما تساوت أجزاؤه وجاز تملك [بعضه] [3] بغير إذن الإمام جاز تملك جميعه .

١٨٠٤٥ - قلنا : يبطل بالغنيمة فإن مقدار العلف منها وما يحتاج إليه من الطعام يجوز تملكه بغير إذن الإمام . ولا يجوز تملك بقية أجزاء الغنيمة بغير إذنه . وكذلك يجوز أن يسرج الإنسان من نار غيره بغير إذنه وذلك تناول جزء منها ، ولو أراد أخذ جميعها بغير إذنه لم يجز .

١٨٠٤٦ - ولأن التراب عندنا لا يجوز أخذه من الموات إلا بإذن الإمام ، لأن أخذه تارة يضر بالأراضي [4] وتارة يصلحها [5] فوقف ذلك على إذنه كما وُقِف تملكها على إذنه .

* * *

---

(١) ساقطة من (ن) .

(٢) في (ن) : [ولذلك]

(٣) في (ن) : [بعد] وهو خطأ .

(٤) وهو ما يطلق عليه التجريف .

(٥) كأن تكون الأرض بها ارتفاع وانخفاض فيأخذ الجزء المرتفع فتسوى الأرض فهذا إصلاحها .

مسألة ٩٠٤

إحياء الذمي لأرض الموات

١٨٠٤٧ – قال أصحابنا : إذا أحيا الذمي أرضا بإذن الإمام ملكها (١)

١٨٠٤٨ – وليس للشافعي في ذلك نص ، إلا أنه قال من أحيا مواتا من المسلمين فهو له (٢) . فدل كلامه أنه لا يجوز للذمي .

١٨٠٤٩ – وقال أصحابه وليس للإمام أن يأذن للذمي في الإحياء وإن أذن له [فأحيا] (٣) لم يملك (٤) .

١٨٠٥٠ – لنا : حديث عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال : « البلاد [بلاد الله (٥)] والعباد عباد الله فمن أحيا من الموات أرضا فهي له (٦) ولأن كل سبب يملك به المسلم أرضًا جاز أن يملك به الذمي أرضًا في دار الإسلام .

١٨٠٥١ – أصله : الميراث والشفعة (٧) وعكسه [التحجر] (٨) .

---

(١) بقول الأحناف قال الحنابلة . أما المالكية فإنهم يجوزون إحياء الذمي إلا أنهم اختلفوا فيما يحييه رواية عندهم أنه يحيى القريب من العامر والبعيد كالمسلم وفي رواية أخرى أنه لا يحيي إلا البعيد فقط وهو الراجح عندهم . راجع اللباب (٢/٢٢٠) ، البدائع (٦/١٩٥) ، مواهب الجليل (٦/١٠) ، ١١ ، الشرح الصغير (٣/٣٣٥) ، حاشية الشرقاوي على الشرح الكبير (٤/٦٩) ، والمغني (٥/٥٦٦) .

(٢) راجع الأم (٣/٢٦٨) .

(٣) في (ن) : [فإحياؤه] .

(٤) بقول أصحاب الشافعي قال ابن حزم الظاهري راجع المهذب (١/٥٥٤) ، نهاية المحتاج (٥/٣٣٢) ، المحلى (٨/٢٤٣) .

(٥) ساقطة من (ن) .

(٦) الحديث أخرجه البيهقي في سننه بلفظ : من أحيا أرضا ميتة فهي له بعطيه رسول الله ﷺ دون السلطان (٦/١٤٢) ، والدارقطني (٤/٢١٧) انظره في نصب الراية (٤/١٧١) .

(٧) ملك الذمي في دار الإسلام عن طريق الميراث لا يكون إلا من ذمي مثله ؛ إذ لا توريث بين مسلم وذمي طبقًا للإجماع . أما الشفعة فإنها تثبت أيضًا بين الذمي والذمي بالإجماع كذلك أما بين الذمي والمسلم فالجمهور يرون ثبوتها أيضًا ، ومنعها البعض . قال ابن المنذر « واختلفوا في الشفعة للذمي فأثبتت طائفة له الشفعة روي ذلك عن شريح وبه قال عمر ابن عبد العزيز وإياس بن معاوية والنخامي وحماد بن سليمان ومالك وفي قول آخر أنه لا شفعة له . روى ذلك عن الحسن البصري والشعبي . وبه قال أحمد لأنه ليس له حرمة . راجع الأشراف (١/٤٨ ، ٤٩) ، البدائع (٥/١٦) ، المغني لابن قدامه (٥/٣٨٧) .

(٨) في (ن) ، (م) ، (ع) : [الحجر] وهو خطأ . لأن المراد وما لا يملك به المسلم لا يملك به الذمي =

١٨٠٥٢ - ولا يلزم دفع الزكاة ؛ لأن الدفع على وجه الصدقة يملك به ما سوى الزكاة إذا دفعت إليه باجتهاد [١] ، وإذا رأى الإمام صرف الزكاة على مذهب ابن شبرمة [٢] .

١٨٠٥٣ - فإن قيل : التملك بالشراء والصداقة [٣] ليس فيه ضرر على المسلمين والتملك بالإحياء فيه ضرر ؛ لأن الدار تضيق بهم .

١٨٠٥٤ - قلنا : [إثبات] [٤] التملك يجوز أن يثبت لأهل الذمة وإن [أضر] [٥] بالمسلمين ، بدلالة الشفعة ثبت للذمي الأخذ بها ، وإن أضرَّ ذلك بالمشتري المسلم .

١٨٠٥٥ - ولأن إحياء الذمي أنفع من إحياء المسلم ، لأن الخراج يتعلق بالأرض ، وهذا أنفع من العشر المتعلق بإحياء المسلم .

= كالتحجير والمراد بالتحجير هو ما يجعله من يريد إحياء الأرض حولها من جمع التراب أو الأحجار أو إحاطتها بحائط أو أسلاك ونحوه ، وهذا لا يفيد التمليك وإن كان المحتجر أحق بإحيائها من غيره ، فإن لم يعمرها مدة ثلاث سنين جاز للإمام دفعها لغيره ليحييها حتى لا تتعطل عن الانتفاع . راجع المغني لابن قدامة (٥٦٩/٥) .

(١) لا خلاف بين العلماء في أن الذمي لا يملك الزكاة إذا دفعت إليه ما لم يكن من العاملين عليها ، أما إذا دفعت إليه الصدقة ، ولم تكن زكاة ، بأن كانت كفارة مثلًا ، فإنه يملكها عند أبي حنيفة ومحمد . قال في البدائع : « ومنها – أي من شروط دفع الزكاة – أن يكون مسلمًا فلا يجوز صرف الزكاة إلى الكافر بلا خلاف ، لحديث معاذ ﷺ خذها من أغنيائهم وردها في فقرائهم » . وأما ما سوى الزكاة من صدقة الفطر والكفارات والنذور فلا شك أن صرفها إلى فقراء المسلمين أفضل ، لأن الصرف إليهم يقع إعانة لهم على الطاعة . وهل يجوز صرفها إلى أهل الذمة ؟ قال أبو حنيفة ومحمد يجوز ، وقال أبو يوسف لا يجوز . وهو قول زفر والشافعي راجع البدائع (٤٩/٢) وكما هو واضح من النص فإن غير الزكاة إذا دفعت إلى الذمي صح وتملكها عند الإمام أبي حنيفة ومحمد بل إنهما يريان إن دفعت الزكاة إلى الذمي بطريق الاجتهاد على أنه مسلم فتبين غير ذلك فإنها تجزئ عن مخرجها ، وتسقط عنه ولا تلزمه الإعادة ، خلافا لأبي يوسف والشافعي . راجع البدائع (٥٠/٢) ، المهذب (٢٣٦/١) ، المغني (٦٥٣/٢ ، ٦٥٤) .

(٢) عبد الله بن شبرمة بن حسان بن المنذر بن ضرار بن عمرو بن مالك أبو شبرمة الكوفي وقيل في نسبه غير ذلك القاضي الفقيه روى عن أنس وأبي الطفيل وعبد الله بن شداد وإبراهيم النخعي وعامر الشعبي وطلحة وغيرهم ، وروى عنه ابنه عبد الملك وسعيد ومحمد بن طلحة وغيرهم توفي سنة ١١٤ هـ . راجع تهذيب التهذيب (٢٥٠/٥) – ٢٥١ ، شذرات الذهب (١٥٠/١) .

(٣) في (ن) : [الهبة] وهو خطأ لأنه عند تملك الذمي الصدقة التي تخرج في الكفارات ونحوها أو الزكاة إن دفعت إليه اجتهادا عند أبي حنيفة ومحمد .

(٤) « إثبات » بدل من « إمساك » الواردة في النسخ ، وهي أقرب للمعنى المقصود .

(٥) في (ن) : [أضرت] .

١٨٠٥٦ – فإن قيل : التملك بالإحياء يفارق التملك بالشراء [والهبة] (١) بالإجماع ؛ لأن عندنا شرط فيه الإسلام وعندكم شرط فيه إذن الإمام .

١٨٠٥٧ – قلنا : أسباب التملك قد تختلف شروطها ، بدلالة أن شرط النكاح مفارق لشرط البيع ، وشروطهما يفارق شرط الهبة ، ولم يكن اختلاف شروطهما مانع للذمي من التملك بجميعها ؛ لأن كل من ملك بالميراث ملك بالإحياء ثم يصير ذميًا بوضع الخراج عليه .

١٨٠٥٨ – ولأنه أحيا مواتا بإذن الإمام ، فوجب أن يملكها كالمسلم ، ولأنه يملك البناء فجاز أن يملك بالإحياء في دارنا كالمسلم ، فإن يل المعنى في المسلم أنه من أهل الدار والذمي ليس من أهلها . ولهذا لا يمكن [المقام] (٢) فيها إلا بعوض .

١٨٠٥٩ – قلنا : الذمي من أهل دارنا بدلالة جريان أحكامنا عليه ، والعوض لإسقاط القتل ، على أن الذمية (٣) . يجوز أن تقيم في دارنا بغير / عوض ولا يجوز لها الإحياء عندهم . ٢/أ

١٨٠٦٠ – [قالوا] (٤) : الذمي يفارق (٥) المسلم في التملك ، بدلالة [أنه] (٦) لا يملك بضع [المسلمة] (٧) ولا يملك من الغنيمة السهم ويملكه المسلم (٨) .

١٨٠٦١ – قلنا : المسلم والذمي يتساويان في تملك الأبضاع ، وينفرد المسلم بجواز

---

(١) قال الشيرازي « لا يملك الكافر بالإحياء في دار الإسلام . وقال أبو حنيفة يملك . لنا ما روى أن النبي ﷺ قال موتان الأرض لله ولرسوله ، ثم هي لكم مني . فجمع الموات كله وجعله للمسلمين فلا يبقى ما يكون للكفار . ولأنه امتن بذلك ، والكافر لا يعتقد المنة في عطيته ، ولأنه كافر فلا يملك بالإحياء في دار الإسلام كالحربي . قالوا : جهة من جهات التملك ، فاستوى المسلم والكافر كالبيع والهبة والاصطياد . قلنا : فيما قستم عليه يستوي المسلم والحربي وفي الإحياء لا يستويان ، ولآن في الاصطياد لا يدخل الضرر على المسلم لأنه يستخلف ، وفي البيع والهبة يملك برضاه ، وفي الإحياء يتملك بغير رضاه ، ويدخل الضرر عليه في التضييق ، فمنع منه . قالوا يملك بالنكاح فيملك بالإحياء كالمسلم . قلنا : الذمي لا يملك المنكوحة المسلمة ولا يملك بالنكاح ويملك المال المزكى ولا يملك بالزكاة ، ثم المسلم من أهل الدار ، ولهذا تضاف إليه الدار وَيَقرُّ فيها بغير عوض ، والذمي ليس من أهل الدار ولهذا لا يقر فيها بغير عوض ، فلم يملك حقوق الدار كالمستأجر لا يملك شفعة الدار . راجع النكت ورقة ١٨٠ .

(٢) في (م) ، (ع) : [القيام] .

(٣) قال الماوردي « ولا تجب الجزية إلا على الرجال الأحرار العقلاء ولا تجب على امرأة ولا صبي ولا مجنون ولا عبد ، لأنهم أتباع وذراري ، ولو تفردت منهم امرأة على أن تكون تبعا لزوج لم تؤخذ منها جزية ، لأنها تبع لرجال قومها ، وإن كانوا أجانب منها . راجع الأحكام السلطانية ص ١٢٥ ، المهذب (٣٢٣/٢) .

(٤) ليست بالنسخ وبها يستقيم الكلام .

(٥) في (ن) : [مفارق] .

(٦) من (ن) : وساقطة من غيرها .

(٧) في (م) ، (ع) : [المسألة] وهو خطأ .

(٨) راجع نص النكت السابق .

نكاح المجوسية .

١٨٠٦٢ - فأما الغنيمة فاستحقاقها يتعلق بحضور الوقعة ، والمسلم يملك الحضور بنفسه ، والذمي لا يملك إلا بإذن غيره [1] ، فصار [كنساء] [2] المسلمين . وعندهم لما لم يجز لهم حضور القتال إلا بإذن الغير لم يستحقوا السهم مع وجود الإسلام .

١٨٠٦٣ - احتجوا : بقوله ﷺ موتان الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم مني [3]

١٨٠٦٤ - قالوا : وهذا خطاب للمسلمين ، بدلالة أنه خرج على وجه الامتنان ، وإنما المنة على المسلم الذي يعتقد المنة ، دون الكافر الذي لا يعتقد ذلك [4]

١٨٠٦٥ - الجواب : أن هذا الخطاب يحتمل أن يكون لأهل الذمة ، ويحتمل أن يكون كالخطاب بالشرائع الذي لا يختص [المسلمين] [5] كقوله ﴿ وَأَقِيمُوا الصَّلَوٰةَ وَءَاتُوا الزَّكَوٰةَ ﴾ [6] وقوله : ﴿ وَسَارِعُوٓا إِلَىٰ مَغْفِرَةٍ مِّن رَّبِّكُمْ ﴾ [7] وإذا احتمل ذلك وجب التوقف فيه . فأما الامتنان فإنه يتناول المسلمين والكفار ، بدلالة قوله تعالى : ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ ﴾ [8] وقوله : ﴿ أَلَمْ نَجْعَل لَّهُۥ عَيْنَيْنِ ۝ وَلِسَانًا وَشَفَتَيْنِ ﴾ [9]

١٨٠٦٦ - قالوا : روي أن النبي ﷺ قال : « لا تبدؤهم بالسلام واضطروهم إلى أضيق [10] الطريق [11] » ، وفي جواز الإحياء توسعة عليهم .

١٨٠٦٧ - قلنا : قد ساووا المسلمين في أخذ الصيد والحشيش مع الأمر بالتضييق عليهم كذلك في الإحياء .

---

(١) الذمي لا يملك سهما من الغنيمة حتى وإن أذن له . قال الماوردي : « وأهل الذمة يرضخ لهم من الغنيمة بحسب عنائهم ولا يبلغ برضخ أحدهم سهم فارس ولا راجل » الأحكام السلطانية ص (١٢٢) وقال في المهذب « والمشرك إذا حضر بالإذن لم يسهم له » . راجع المهذب (٣١٤/٢) .

(٢) في (ن) ، (م) (ع) : [كسائر] وهو خطأ .

(٣) سبق تخريج الحديث .

(٤) راجع نص النكت السابق .

(٥) كذا بالنسخ ولعلها [بالمسلمين] .

(٦) سورة البقرة : الآية ٤٣ وتمامها ﴿ وَارْكَعُوا مَعَ الرَّاكِعِينَ ﴾ .

(٧) سورة آل عمران : الآية ١٣٣ .

(٨) سورة الإسراء : الآية ٧ .

(٩) سورة البلد الآيتان ٨ ، ٩ .

(١٠) في (م) ، (ع) : [ضيق] .

(١١) الحديث أخرجه أحمد في مسنده « عن أبي هريرة براويات عدة فله رواية » لا تبدؤهم بالسلام واضطروهم إلى ضيقه « (٣٤٦/٢) ، إذا لقيتم اليهود في الطريق فاضطروهم إلى أضيقها ولا تبدؤهم بالسلام» (٢٤٤/٢) ، وله رواية فيها أهل الكتاب بدل اليهود (٢٤٩/٢) .

١٨٠٦٨ - ولأن جواز الإحياء حق للمسلمين لأن دار الإسلام تَعْمُرُ ، ويكثرُ الخراج ، فصار في إحيائهم منفعة وتوسعة على المسلمين .

١٨٠٦٩ - قالوا : كافر أحيا مواتًا في دار الإسلام فلم يملكه ، كما لو كان بغير إذن الإمام (١) . وربما قالوا منقوص بالكفر يملك [بالإحياء] (٢) في دار الإسلام (٣) .

١٨٠٧٠ - قلنا : الكفر ليس له تأثير في المنع من أنواع التملك (٤) . والدليل عليه سائر الأسباب . والمعنى في الأصل (٥) : أنه انفرد فيما للإمام فيه [تدبير بإفراده] (٦) . فصار كمال بيت المال .

١٨٠٧١ - قالوا : من لا يجوز له الإحياء بغير إذن الإمام لم يجز بإذنه كالصبي .

١٨٠٧٢ - قلنا : لا نسلم لو أذن الإمام [لصبي] (٧) في الإحياء ، فأحيا ملك كما يملك بقبول الهبة والصدقة .

١٨٠٧٣ - قالوا : الذمي ليس من أهل دارنا ، بدلالة أن الدار تضاف إلى المسلمين ، وبدليل أن الذمي لا ينزل فيها بغير عوض ، والإحياء من حقوق الدار (٨) .

١٨٠٧٤ - قلنا : الذمي من أهل دارنا (٩) ، وما ذكروه من [الغرم] (١٠) قد بينا أنه ليس [للمقام] (١١) في الدار ، وإنما هو لإسقاط القتل بدلالة أن النساء [يُقِمْنَ (١٢)] بغير شيء لما لم يجب عليهن القتل (١٣) ، فأما إضافة الدار إلى المسلمين [فلإنفاذ] (١٤)

---

(١) في (ص) : [إذن الآذان] وفي (م) : [الإذن] وما أثبتناه من (ن) .

(٢) في (ن) : [الإحياء] .

(٣) سبق في نص النكت المذكور في المسألة .

(٤) قاعدة : « الكفر ليس له تأثير في المنع من أنواع التملك » .

(٥) أي إحياؤه من غير إذن الإمام .

(٦) في (ن) : [بإفراده] .

(٧) في (م) ، (ع) : [الصبي] .

(٨) راجع نص النكت السابق ، المهذب (٥٥٤/١) .

(٩) قاعدة : « الذمي من أهل دارنا » .

(١٠) في (م) ، (ع) : [القوم] وهو خطأ والمراد [بالغرم] الجزية .

(١١) في (م) : [بمقام] وفي (ع) : [مقام] وكلاهما خطأ .

(١٢) ساقطة من (ن) .

(١٣) المعنى أن الجزية التي يدفعونها ليست بدلًا عن إقامتهم في دار الإسلام وإنما هي لحقن دمائهم . وبهذا قال المالكية أيضًا . قال القرطبي « اختلف العلماء فيما وجبت الجزية عنه . فقال علماء المالكية وجبت بدلا من القتل بسبب الكفر وقال الشافعي وجبت عن الدم وسكنى الدار . وقال بعض الحنفية بقولنا وقال بعضهم إنما وجبت بدلًا عن النصر والجهاد .. وقول مالك أصح » راجع تفسير القرطبي (٣٠٤٠/٤) ، المهذب (٣٢٣/٢) .

(١٤) في (ص) : [وإنفاذ] وهو خطأ .

أحكامهم ، وإلا فالملك للمسلم والذمي . ولو سلمنا أن الذمي ليس من أهل الدار لم نسلم أن الإحياء من حقوق الدار ، بل حق أهل الدار عمارة الموات ، والانتفاع بما يتعلق به من حق اللّٰه تعالى [١] . أما الخراج أو العشر فوجب اعتبار حصول هذا الحق لأهل الدار دون ملك [المحظور] [٢] بما قاسوا على المستأمن [٣] ، وهو غير مسلّم لأن المستأمن إذا أذن له الإمام فأحيا ملك .

١٨٠٧٥ – قالوا : يصير عندكم بالإحياء ذميًا ، فلا يملك بالإحياء [كونه] [٤] من أهل الحرب .

١٨٠٧٦ – قلنا : غلط بل [يحيى] [٥] ويملك ، وهو حربي ، فإذا وضع الإمام عليه الخراج صار بذلك [ذميًا [٦]] وهذا أمر [يتأخر] [٧] عن الملك .

١٨٠٧٧ – قالوا : الموات مال شريف ، لأنه مضاف إلى اللّٰه ورسوله [٨] ، وهو مال حلال لا شبهة فيه ، وكل مال بني على الشرف والفضيلة فإن الكافر لا يساوي المسلم فيه كالغنيمة .

١٨٠٧٨ – قلنا : قد بينا أن الكافر يساوي المسلم في الغنيمة ، ويستحق منها مثل ما يستحق نساء المسلمين وصبيانهم وعبيدهم لأن حضوره يقف على إذن غيره ، كما يقف [حضورهم] [٩] ولما كان المسلم الحر لا يقف حضوره على إذن استحق السهم ، فصار هذا الاختلاف عائدا إلى صفة الحضور لا إلى الكفر والإسلام [١٠] .

---

(١) ساقطة من (ن) .
(٢) في (م) ، (ع) : [المحصول] .
(٣) المستأمن هو من دخل ديار الإسلام من أهل الحرب بعقد أمان لقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ أَحَدٌ مِّنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّىٰ يَسْمَعَ كَلَامَ اللَّهِ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَّا يَعْلَمُونَ ﴾ (٦) التوبة .
(٤) كذا بالنسخ ولعلها [لكونه] .
(٥) في (م) ، (ع) : [بحق] وهو خطأ .
(٦) ساقطة من (ن) ، (م) ، (ع) .
(٧) في (م) ، (ع) : [ناجز] وهو خطأ .
(٨) راجع نص النكت السابق والمهذب (١/٥٥٤) .
(٩) كذا بالنسخ ولعل صوابها [حضور هؤلاء] لأنه عائد على النساء والصبيان والعبيد ولو كان عائدًا على النساء لكان ينبغي أن يقول [حضورهن] .
(١٠) يظهر لنا أن نقصان ما يستحقه الذمي من الغنيمة عن مقدار السهم ربما لم يكن لتوقف خروجه للجهاد على الإذن ولو كان الأمر كذلك لاستحق سهما ، لأنه بالإذن له يزول المانع ، ولكن النقصان لنقصان فيه هو كما هو الحال والشأن في النساء والعبيد فإن المرأة حتى وإن أذن لها لا تستحق سهما ؛ لأنها لا تساوي الرجال كما هو الحال في الميراث وكذلك العبد فنقصان القدر المستحق ليس للإذن بل هو لنقصان الجنس عند النساء والبلوغ عند الصبيان والحرية عند العبد والدين عند الذمي ، بجامع النقص في كل . ثم من المعلوم أن النقص يراعى في توزيع السهام حتى بين الذين يستحقون سهما كاملا فنصيب الفارس يزيد على نصيب الراجل ولا دخل للإذن فيه ، فكلاهما لا يقف حضوره على إذن الإمام ، ومع ذلك اختلفا في مقدار الاستحقاق نظرًا لحالة كل منهما في الجهاد .

مسألة ٩٠٥

الأرض إذا كان عليها أثر الإحياء ولا يعرف لها صاحب

١٨٠٧٩ – قال أصحابنا : إذا كان على الموات أثر العمارة ولا يعرف له [١] مستحق جاز إحياؤه بإذن الإمام [٢] .

١٨٠٨٠ – وقال الشافعي : إذا كان من أملاك المسلمين لم يملك بالإحياء ، وإن كان من أملاك الكفار [ففيه] [٣] وجهان .

١٨٠٨١ – أحدهما : يملك بالإحياء ، والآخر ، يملك على وجه الغنيمة فيملك بإذن [٤] الإمام لا بالإحياء [٥] .

---

(١) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٢) ما ظهر عليه أثر العمارة من أرض الموات ولم يعرف له مستحق فإن الأحناف يعتبرونه في حكم اللقطة يتصرف فيها الإمام ، فيجوز لمن أذن له أن يحيها ، إلا أن محمدا يرى انه إن كان في الإسلام ليس لأحد أن يتصرف فيه غير صاحبه أو ورثته ، وهو بهذا يوافق الشافعي . ويجب تقييد قول المصنف هنا بذلك . وقد قال بقول الأحناف ابن حزم الظاهري والمالكية في الراجح عندهم ، وهو المروي عن ابن القاسم ، وهو ما جرت عليه كتب المذهب ، إلا أن الدسوقي ذكر قول محنون أنها للأول ، ولا يجوز لغيره أن يحيها كقول الشافعي ومحمد . والحنابلة يوافقون الأحناف إن كانت في أملاك غير المسلمين . وفي أملاك المسلمين روايتان راجع اللباب (٢١٩/٢) ، حاشية ابن عابدين (٤٣٣/٦) ، البدائع ١٩٣/٦ ، ومجمع الأنهر (٥٥٧/٢) ، مواهب الجليل (٣/٦) ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٦٦/٤) ، المحلى (٢٣٣/٨) ، المغني (٥٦٥/٥) . وعلى قول الأحناف أن الأرض التي عليها أثر العمارة ولا يعرف لها مالك في حكم اللقطة فإنها إن ظهر لها مالك بعد إحياء الثاني ترد عليه . قال في ملتقى الأنهر « لكن لو ظهر لها مالك يرد عليه ، ويضمن نقصانها إن نقصت بالزراعة ، وإلا فلا » ملتقى الأنهر (٥٥٧/٢) .

(٣) في (ن) : [فعنه] وهو خطأ لأنه يلزم أن يكون قولان .

(٤) « بإذن » زائدة .

(٥) في (م) ، (ع) : [لا بإحياء] والفرق بين الملك بالأحياء والملك بالغنيمة أن الإحياء الملك فيه لا يقف على إذن الإمام عند الشافعية كما سبق . أما الملك بالغنيمة فلا يملك إلا كان مستحقا لسهم منها . و لذا فهو لا يتصرف إلا بعد أن يقسم الإمام وسيأتي في نص المهذب ما يدل على ذلك وما ذكره المصنف هنا للشافعي هو بعض ما ورد في كتب الشافعية وهو ما اكتفى به الشيرازي في النكت فقال « ما باد أهله لا يجوز إحياؤه » ولم يفرق بين أملاك المسلمين وغيرهم « راجع النكت ورقة ١٧٩ . وفي نهاية المحتاج ومغني المحتاج « أنها إن كانت من عمارة المسلمين فهي كاللقطة ، وإن كانت من أملاك الكفار فالظاهر أنه يملك بالإحياء » وعلى =

١٨٠٨٢ - ولنا قوله ﷺ « من أحيا أرضًا ميتة فهي له » [١] . واسم الميتة أخص بما تقدمت عمارته ، كما أن اسم الميت اسم لما سبقت الحياة فيه ، ولا يقال إن أهل اللغة قالوا : إن الميتة ما [لا مستحق] [٢] له لأن هذا لم ينقله أحد وإنما الميت من الأراضي ما هو على صفة لا ينتفع به شبيها بالحيوان إذا مات بطل الانتفاع به .

١٨٠٨٣ - فإن قيل هذه الأراضي قد ملكها المالك [٣] الأول بالإحياء فيجب أن يكون وجوبها بظاهر الخبر [٤] .

١٨٠٨٤ - قلنا : النبي ﷺ جعل الإحياء من أسباب التملك ، فإذا تكرر كان الثاني

= ذلك فإن قولهما يتفق مع الأحناف في المسلم ويخالفان في الكافر ، وهو قريب مما أثبته المصنف للشافعية هنا . وذكر صاحب المهذب في المسألة أوجها ثلاثة ، وقد سبق أنه ذكر في النكت قولًا واحدًا . قال في المهذب « وأما الموات الذي جرى عليه الملك وباد أهله ، ولم يعرف مالكه ، ففيه ثلاثة أوجه . أحدها أنه يملك بالإحياء لما روى طاووس أن النبي ﷺ قال (عادى الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم بعد) ، ولأنه إن كان في دار الإسلام فهو كاللقطة التي لا يعرف لها مالك ، وإن كان في دار الحرب فهو كالركاز . والثاني : لا يملك لأنه إن كان في دار الإسلام فهو لمسلم أو لذمي أو لبيت المال فلا يجوز إحياؤه ، وإن كان في دار الحرب جاز أن يكون لكافر لا يحل ماله أو لكافر لم تبلغه الدعوة فلا يحل ماله ولا يجوز تملكه . والثالث : أنه إن كان في دار الإسلام لم يملك ، وإن كان في دار الحرب ملك ؛ لأن ما كان في دار الإسلام فهو في الظاهر لمن له حرمة ، وما كان في الحرب فهو في الظاهر لمن لا حرمة له ... وإن قاتل الكفار عن أرض ولم يحيوها ثم ظهر المسلمون عليها ، ففيه وجهان أحدهما : لا يجوز أن تملك بالإحياء بل هي غنيمة بين الغانمين ، لأنهم لما منعوا عنها صاروا فيها كالمحتجرين ، فلم تملك بالإحياء . والثاني أنه يجوز أن تملك بالإحياء لأنهم لم يحدثوا فيها عمارة ، فجاز أن تملك بالإحياء ، كسائر الموات . « المهذب (٥٥٣/١) .. وصاحب المغني المحتاج وكذا نهاية المحتاج لم يذكرا في العمارة إذا كانت إسلامية إلا وجها واحدا ، وهو أنه مال ضائع فحكمه حكم اللقطة ، يقف على إذن الإمام . وإن كانت جاهلية فالأظهر عندهما أنه يملك بالإحياء . ثم قال في مغني المحتاج محل الخلاف أي في عمارة الجاهلية إذا كانت ببلادهم وهم لا يذبون عنه ، وإلا فالظاهر أنه لا يملك بالإحياء ، كما علم مما مر . يقصد إذا كانوا يذبون عنها .

راجع مغني المحتاج (٣٦٢/٢ - ٣٦٣) ، ونهاية المحتاج (٣٣٣/٥) . وخلاصة ما سبق أن الشيرازي في النكت منع إحياء ما باد أهله مطلقا ، وفي المهذب جعل فيه ثلاثة أوجه المنع المطلق ، الجواز والتفريق بين عمارة المسلم والكافر . أما صاحب نهاية المحتاج وصاحب مغني المحتاج فعندهما وجه واحد وهو جواز الإحياء مع الاحتفاظ بحق المسلم إن كانت العمارة إسلامية ، وجوازه في عمارة الكافر ، وهو الأظهر عندهما .

(١) سبق تخريج الحديث .

(٢) « لا مستحق » بدل من : « لا يستحق » في النسخ جميعها .

(٣) بالنسخ الملك والصواب ما أثبتناه

(٤) أي وجوب ملكها لمالكها الأول الذي أحياها بظاهر الحديث السابق .

أولى من الولي كما لو [١] وجد البيع بعد البيع ، ولأنه موات لا يعرف له مالك فجاز أن يملك بالإحياء [٢] .

١٨٠٨٥ – أصله : الأراضي العارية [٣] ولا يلزم ما قرب من العامر ، لأنه يملك بالإحياء عندنا إذا خرب ما يقاربه من العامر ، ولأن ما يملك به الأرض جاز أن يملك به أرض ملكها مسلم .

١٨٠٨٦ – أصله الشفعة . ولأنه مال ظاهر في دار الإسلام لا [٤] يعرف له مالك معين فجاز تصرف الإمام فيه كاللقطة [٥] ومال بيت [٦] المال ، ولأنه أحيا بإذن الإمام مالًا لمعين [فيه حق [٧]] فملكه بالإحياء . أصله : إذا لم يكن عليه أثر العمل [٨] .

١٨٠٨٧ – احتجوا : بما روي عن النبي ﷺ أنه قال « من سبق إلى ما لم يسبقه مسلم فهو له » [٩] دليله [١٠] : أن [من] [١١] سبق إلى ما سبق إليه مسلم لم يملكه

١٨٠٨٨ – الجواب : أن الخبر يقتضي ما تملك بسبق اليد ، وذلك يخص الصيد والحطب ، وأما الموات فلا يملك بسبق اليد بإجماع [١٢] .

١٨٠٨٩ – قالوا : روي عن عروة بن الزبير [١٣] عن عائشة [١٤] رضي الله عنها أن النبي ﷺ

---

(١) ساقطة من (ن) .

(٢) في نص النكت الآتي رد على هذه النقطة حيث قال « قلنا بل يعرف مالكه وهم المسلمون » .

(٣) أي العارية من أثر العمارة .

(٤) ساقطة من (ن)

(٥) في (ن) : [كالقطعة] وهو خطأ .

(٦) في (م) : [ثبت] وهو خطأ .

(٧) ساقطة من (ن) .

(٨) أي العمارة .

(٩) سبق تخريج الحديث .

(١٠) أي دليل الخطاب أو ما يسميه الأحناف مفهوم المخالفة .

(١١) في (ن) : [ما]

(١٢) أي لا يكفى لتملك الموات وضع اليد عليه ولكن لا يملك إلا بالإحياء الفعلي ، خلافا للحطب والصيد فإنه يملك بالتحيز .

(١٣) عروة بن الزبير بن العوام بن خالد الأسدي أبو عبد الله . كان ثقة كثير الحديث فقيها عالما . روى عن أبيه وأخيه عبد الله وأمه أسماء بنت أبي بكر وخالته عائشة وعلي بن أبي طالب وغيرهم ، وروى عنه أولاده عبد الله وعثمان وهشام ومحمد وغيرهم توفي سنة ٩٤هـ وقيل غير ذلك . راجع تهذيب التهذيب (١٨٠/٧) ، التقريب (١٩/٢) ، وفيات الأعيان (٢٥٥/٣) ذكر أسماء التابعين (٢٧٦/١) ، طبقات الحفاظ ص ٢٢ ، خلاصة تهذيب الكمال ص ٢٢٤ ، طبقات القراء لأبن الجزري (٥١١/١) ، العبر (١١٠/١) وغيرها .

(١٤) سبقت ترجمتها .

قال [من أحيا أرضًا ميتة ليست لأحد فهو أحق بها (١) وروى عن كثير (٢) بن عبد الله المزني عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال (٣) من أحيا مواتًا من أرض في غير حق مسلم فهو أحق به (٤) .

١٨٠٩٠ - قلنا : [ذكر هذين الخبرين] (٥) الثاني وما تفرد [منه] (٦) لا يقبل عند أصحاب الحديث ولا سيما إذا خالف الأخبار المشهورة ، وقد ذكر أبو داود وغيره [من هذه الأخبار (٧)] من غير ذكر هذه الزيادة (٨) .

١٨٠٩١ - ولأنه لا يقال إنه لا حق إلا ما يثبت فيه حق معين ، فإما ما لا يثبت الحق فيه لمعين فلا يضاف إلى واحد ، وإنما هو حق الجماعة .

---

(١) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه باب من أحيا أرضا مواتا بلفظ « من أعمر أرضا ليست لأحد فهو أحق بها » ثم قال معلقا قال عروة : فقضى به عمر ﷺ في خلافته راجع البخاري (١٤٠/٣) وكذا البيهقي في السنن الكبرى « كتاب إحياء الموات » باب « ما يكون إحياء » وما يرجى منه من الأجر (١٤٧/٦) .

(٢) كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف بن زيد اليشكري المزني المدني . روى عن أبيه ومحمد بن كعب القرظي ونافع مولى ابن عمر وبكير بن عبد الرحمن المزني وجماعة ، وعنه يحيى بن سعيد وأبو إدريس وزين بن الحباب وعبد الله بن وهب وعبد الله بن نافع وغيرهم . قال الأجرى سئل أبو داود عنه ، فقال : كان أحد الكذابين ، وذكر عند الشافعي قال ذاك أحد الكذابين ، أو أحد أركان الكذب ، ولأهل العلم فيه أقوال تتردد بين الضعف والترك والكذب مات سنة ١٥٠ هـ راجع التهذيب (٤٢١/٨) ، التقريب (١٣٢/٢) ، الضعفاء والمتروكين لأبي عبد الرحمن أحمد بن سيف النسائي ص٢٠٥ ، التعديل والتجريح ٦١٠/٢ ط دار اللواء الجرح والتعديل (١٥٤/٧) ط الهند ، تنزيه الشريعة (٩٨/١) ، الكامل في الضعفاء (٢٠٧٨/٦) وقال لا يحدث عنه ومثله لابن معين في معرفة الرجال (٦١/١) ط مجمع اللغة العربية بدمشق .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) وترتب على هذا السقط جعل لفظ حديث كثير لعائشة وليس كذلك .

(٤) الحديث أخرجه البيهقي في سننه الكبرى كتاب إحياء الموات باب ما يكون إحياء (٦ / ١٤٧) وهو حديث يغلب عليه الضعف . قال صاحب الفتح الحديث عند البيهقي وكثير هذا ضعيف . راجع فتح الباري (١٩/٥) وفي نصب الراية قال : أعله ابن عدي بكثير بن عبد الله وضعفاه النسائي وأحمد تضعيفًا شديدا . راجع نصب الراية (١٧١/٤) تلخيص الحبير (٦٢/٧) .

(٥) كذا بالنسخ وهي خطأ وصوابها « ذكر هذا الخبر » لأن الكلام على هذا الذي هو مثبت يرجع إلى حديث عائشة وكثير ولا يمكن حمل اعتراض المصنف هنا على حديث عائشة والذي سبق تخريجه من البخاري . أما حديث كثير فقد أجمع أهل العلم على وهنه . وإذا كان الشافعية هم المستدلون به فقد سبق نقل قول الشافعي في راوي الحديث بأنه أحد أركان الكذب . راجع ترجمة كثير السابقة .

(٦) في (ص) ، (ن) : [به] .

(٧) ساقطة من (ن) وفي (ص) : [هذه الأخبار] .

(٨) يقصد [في غير حق مسلم] راجع تخريجه حديث من أحيا أرضًا ميتة فهي له .

١٨٠٩٢ - قالوا : أرض جرى عليها ملك فلا تملك بالإحياء .

١٨٠٩٣ - أصله : إذا كان مالكها معروفًا ، ومن يحترز عن موات [دار الحرب [1]] يقول جرى عليها ملك من له حرمة [2] .

١٨٠٩٤ - قلنا : نقول بموجبه ، لأنه لا يملك عندنا بالإحياء ، بل يملك بإذن الإمام والإحياء .

١٨٠٩٥ - والمعنى في أرض المالك المعروف أن مستحق هذا المال معتبر ، فلا ينفذ تصرف الإمام عليه ، إلا بسبب يقتضي الولاية . وفي مسألتنا [المالك] [3] غير معين ، فجاز تصرف الإمام في المال كاللقطة .

١٨٠٩٦ - ولأن « المالك » [4] إذا كان معلومًا أمكن إلزامه العمارة ، حتى لا يتعطل تحصيل حق المسلمين [من العشر [5] أو الخراج] ، وإذا لم يعرف لها مالك لم يتوصل إلى تحصيل حق المسلمين بالإحياء [فصارت] [6] كالموات الأصل .

١٨٠٩٧ - قالوا : لا يخلوا مالك الأرض : أعقب أو لم يعقب ، فإن كان أعقب [7] فالأرض [لعقبه ، وإن كان لم يعقب فالأرض [8]] للمسلمين والإمام يملكها لمن رأى من غير شرط الإحياء .

١٨٠٩٨ - قلنا : الإمام لا يجوز أن يأذن في إحيائها حتى يبحث عن مالكها أو يتلوم [9] في طلبه .

---

(١) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٢) قال الشيرازي : « ما باد أهله لا يجوز إحياؤه . وقال أبو حنيفة يجوز . لنا أنه أرض جرى عليها ملك من له حرمة ، فأشبه إذا بقي المالك أو مباح ملك بالعمل فلا يغني المالك فيه بذلك العمل كالصيد . قالوا : موات لا يعرف مالكه فأشبه إذا لم يملك ، وما باد أهله في دار الحرب . قلنا بل يعرف مالكه ، وهو المسلمون ، وما لم يملك لا حق لأحد فيه فهو كالصيد المباح ، وهذا صار للمسلمين بموات أهله ، فهو كالصيد المملوك ، وما باد أهله في دار الحرب غير مسلم في أصح الوجهين ، وإن سلم فلأن مال الحربي يؤخذ بغير اختياره ، ومال المسلم لا يؤخذ بغير اختياره . ولهذا لو وجد مالاً في دار الحرب كان غنيمة ، ولو وجد في دار الإسلام كان لقطة راجع النكت ورقة ١٧٩ .

(٣) في (م) ، (ع) : [المال] وهو خطأ .

(٤) في (م) ، (ع) : [الملك] وهو خطأ .

(٥) في (م) ، (ع) : [العشر إلى الخراج] وهو خطأ .

(٦) في (م) ، (ع) : [فصار] وهو خطأ لأن المقصود الأرض التي لا يعرف لها مالك .

(٧) في (ن) : [أعقبها] بدلاً من « أعقب » في غيرها .

(٨) ساقط من (م) ، (ع) .

(٩) التلوم في الطلب ومعناه بذل الجهد بإجراء معين ، وهو أن يرسل له من ينادي عليه في مكانه المعروف =

١٨٠٩٩ - وإذا لم يظهر لها مستحق فالظاهر أنه لا مستحق لها ، وله التصرف فيها إلا أنه لا يأذن إلا بشرط الإحياء حتى يؤدي إلى عمارة الدار ، ويوفر حق المسلمين فيها .

* * *

= ثلاثة أيام متتالية .

مسألة ٩٠٦

إحياء الأرض القريبة من العمران

١٨١٠٠ - قال أصحابنا : الموات الذي يجوز إحياؤه ما بعد عن العامر وما قرب منه فليس بموات .

١٨١٠١ - وقال أبو يوسف الموات هو (١) الذي إذا وقف رجل في أدناه من العامر فنادى بأعلى صوته « لم » (٢) يسمعه أقرب من في العامر إليه (٣) (٤) .

١٨١٠٢ - وقال أصحاب الشافعي ما قرب من العامر يملك بالإحياء إلا ما لابد للعامر منه ، وهو فناء العامر وحقوقه ، كالطريق ومجرى الماء ، ومسيله ونحو ذلك .

١٨١٠٣ - لنا : أن ما يبلغه الصوت لا يجوز الإذن في إحيائه [أصله ما لابد للعامر منه . ولأن كل أرض جرى عليها ملك لا تملك بالإحياء (٥)] .

١٨١٠٤ - أصله : حريم البئر والنهر ، [ولأن كل من لا يجوز له إحياء حريم النهر لم يجز له إحياء ما قرب من العامر كالذمي . وما لا يجوز للذمي إحياؤه لا يجوز للمسلم كحريم النهر (٦)] (٧) .

---

(١) ساقطة من (ن) . (٢) في (ع) : [ولم] . (٣) ساقطة من (ن) .

(٤) تجدر الإشارة إلى أن محل النزاع هنا فيما قرب من العامر من غير أن يتعلق به مصلحة لأحد . أما ما تتعلق به مصلحة أهل العامر كحريم الدور والطرق وغيرها فلا خلاف بين أهل العلم في عدم التملك بإحيائه . ولذا قال ابن قدامة « ما قرب من العامر وتعلق بمصالحه من طريق ومسيل مائه ومطرح قمامته وملقى ترابه وآلاته فلا يجوز إحياؤه بغير خلاف في المذهب ، وكذلك ما تعلق بمصالح القرية كفنائها ومرعى ماشيتها ومحتطبها وطرقها ومسيل مائها لا يملك بالإحياء ، لا نعلم فيه أيضًا خلافًا بين أهل العلم « راجع المغني (٥/٥٦٦) . أما ما قرب من العامر ولم تتعلق به مصلحة أحد فهل يجوز فيه الإحياء أم لا وما هو مقدار القرب والبعد من العامر ؟ هذا هو محل الخلاف . وقد نص المصنف على رأي الأحناف ، وهو أنه لا يجوز إحياؤه وقدر أبو يوسف القريب بانتهاء الصوت . وبه قال المالكية ، وقدروا القريب بما تصل إليه مواشي العامر في رعيها . وهو إحدى روايتين عن الحنابلة ، وتركوا تقدير المسافة للعرف . راجع : البدائع (٦/١٩٤) ، اللباب (٢/٢١٩) ، حاشية ابن عابدين (٦/٤٣٣) ، مواهب الجليل (٦/٣) ، والمغني (٥/٥٦٧) . (٥) ساقطة من (ص) .

(٦) ساقطة من (ع) ونرى أن كلام المصنف هنا لا تقوم به الحجة على الشافعية على وجه الخصوص لأن تحديد البعد والقرب بوصول الصوت هو رأي الأحناف وليس الشافعية وهو محل نزاع في المسألة فلا يرد رأي الخصم . والقياس أيضًا على ما لابد للعامر منه قياس مع الفارق لأن ما لابد للعامر منه تتعلق به مصلحة أهل العامر ، وفي الإذن بإحيائه ضرر يعود عليهم ، بخلاف ما لا مصلحة فيه فلا ضرر في الإذن بإحيائه ، بل ربما كانت فيه منفعة . كما أن قياس عدم جواز إحياء ما قرب من العامر للمسلم على عدم جوازه للذمي لا تقوم به حجة عليهم فقد سبق القول بأن الشافعية لا يجوزون إحياء الذمي أصلًا لا في البعيد ولا في القريب .

(٧) قاعدة : « كل ما لا يجوز للذمي إحياؤه لا يجوز للمسلم إحياؤه ، كحريم النهر » .

١٨١٠٥ – احتجوا بقوله ﷺ من أحيا أرضًا ميتة [١] فهي له [٢] .

١٨١٠٦ – الجواب : أن المراد / بالخبر إذا لم يتعلق بها حق ، وما قرب من العامر يتعلق به حق القرية [٣]

١٨١٠٧ – قالوا : روي أن النبي ﷺ قطع الدور حين ورد المدينة

١٨١٠٨ – فقال : حي من عدو يقال لهم بنو عبد بن زهرة [٤] نكب عنا ابن أم عبدُ [٥] .

١٨١٠٩ – قلنا : يجوز أن يكون فعل ذلك برضاء أهل المدينة ، ألا ترى أن الدور اسم للعامر [٦] وذلك ليس [٧] نفيا [٨] لغيره .

(١) في (م) ، (ع) : [ميتا]

(٢) سبق تخريج الحديث . قال الشيرازي : « ما جاور العامر من الموات ولم يتعلق بمصلحة العامر يجوز إحياؤه . وقال أبو يوسف لا يجوز إلى مدى الصوت . لنا أنه موات لم يملك ، ولا يتعلق بمصلحة العامر ، فجاز أن يملك بالإحياء ، كما لو زاد على مدى الصوت . قالوا : لا تستغني القرية العامرة عما قرب منها من الموات ، لطرح القمامة وغيرها من المصالح ومقدار ما يبلغه الصوت في حكم القريب ، ولهذا جعلتم هذا القدر كالحضر في وجوب الجمعة . قلنا : الحاجة لا تختص بهذا القدر ، وتخالف الجمعة فإن هناك توقيفا ولأن النداء للدعاء إلى الصلاة يوجب الإجابة على كل من بلغه وليس في بلوغ الصوت ههنا هذا المعنى . فلم يكن لاعتباره وجه . النكت . ورقة ١٨٠ .

(٣) نرى أن هذا الجواب لا يرد على الشافعية لأنهم يقولون به فقد سبق في نص النكت المذكور أن ما قرب من العامر وتعلت به مصلحة العامر لا يجوز تملكه بالإحياء وإنما الخلاف فيما لا مصلحة لأهل العامر فيه . راجع نص النكت السابق .

(٤) في (ن) : [عبد الدار] وهو خطأ .

(٥) بقية الحديث فقال رسول الله ﷺ : فلم ابتعثني الله إذا ؟ أن الله لا يقدس أمة لا يؤخذ للضعيف فيهم حقه . أخرجه البيهقي . كتاب إحياء الموات باب سواء كل موات لا مالك له أين كان (١٤٥/٦) ، الطبراني في الكبير (٢٧٤/١٠) رقم ١٠٥٣٤ وفي مسند الشافعي صـ ١٣٨ . قال الهيثمي حديث الطبراني رجاله ثقات . راجع مجمع الزوائد باب أخذ حق الضعيف من القوي (١٩٧/٤) ، وفي تلخيص الحبير « حديث البيهقي مرسل وحديث الطبراني إسناده قوي . راجع تلخيص الحبير (٦٣/٣) والمراد بـ « نكب » أي نحه عنا ومنه قوله تعالى : ﴿ وَإِنَّ ٱلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِٱلْآخِرَةِ عَنِ ٱلصِّرَٰطِ لَنَٰكِبُونَ ﴾ المؤمنون ٧٤ . والمراد بابن أم عبد . عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب أبو عبد الرحمن الهذلي وأمه أم عبد بنت عبد بن سواد ، من هذيل له صحبة . أسلم بمكة قديمًا وهاجر الهجرتين وشهد بدرا والمشاهد كلها . روى عن النبي ﷺ وابن سعد بن معاذ وعمر وغيرهم ، وروى عنه ابناه عبد الرحمن وأبو عبيدة وأبو سعيد الخدري وغيرهم توفي بالمدينة سنة ٣٢ وقيل سنة ٣٣هـ . راجع . التهذيب (٢٧/٦) ، طبقات الحفاظ ص١٠٦ ، طبقات القراء لابن الجزري (٤٥٨/١) ، العبر (٣٣/١) ، النجوم الزاهرة (٨٩/١) وغيرها

(٦) بدل هذه العبارة في (ن) : [إن الدارهم] وهو خطأ

(٧) من (ن) وساقطة من غيرها .

(٨) في (ع) : [يعنى] وهو خطأ .

١٨١١٠ - قالوا : روي عن عمر ﷺ أنه أقطع العقيق [1] وهو بين البساتين .

١٨١١١ - قلنا : هو اليوم كذلك ، ويجوز أن يكون إذ ذاك غير متصل بالعامر ، ويجوز أن يكون أقطعه لمن يلي بساتينه فلا يستضر بإقطاعه أحد .

١٨١١٢ - قالوا : موات لا يملك ولا يتعلق بمصلحة مملوك ، فجاز أن يملك بالإحياء كالموات البعيد [2] .

١٨١١٣ - قلنا : إن كان لا يتعلق بمصلحة أحد جاز الإذن في إحيائه ، وإنما منع مما يحتاج إليه أهل القرية لرعى [3] مواشيهم ومطارح غلاتهم وإخراج فاضل مياهم ، وفي تملك ذلك تضييق عليهم وإلحاق ضرر بهم .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [الطريق] وهو خطأ والعقيق بكسر أوله واد عليه أموال أهل المدينة وهو على ثلاثة أميال أو ميلين وقيل ستة أو سبعة وهي أعقه إحداها عقيق المدينة وفيه بئر عروة وعقيق آخر أكبر من هذين وفيه بئر رومة ويسمى الأصغر ، والعقيق الأكبر بعد هذا وفيه بئر على مقربة منه وهو من بلاد مزينة وهو الذي أقطعه رسول الله ﷺ بلال بن الحارث المزني ثم أقطعه عمر الناس راجع البلدان لياقوت (١٣٩/٤) .راجع البلدان لياقوت (١٣٩/٤) .

(٢) راجع المغني (٥٦٧/٥) .

(٣) في (م) ، (ع) [لرعى] ، وفي غيرهما : « لمرعى » .

مسألة ٩٠٧

اقتطاع جزء من الأرض للمنفعة العامة

١٨١١٤ – قال أصحابنا : للإمام أن يحمي [١] موضعا يرعى فيه مواشي بيت المال وخيل المجاهدين [٢] .

١٨١١٥ – وقال الشافعي يجوز ذلك للنبي ﷺ [٣] . وهل يجوز للإمام « فيها » [٤] قولان [٥] .

١٨١١٦ – لنا : ما روى ابن عباس [٦] ﷺ « عن » [٧] النبي ﷺ قال « لا حمى إلا

(١) حمى الشيء يحميه حمًا بالكسر ومحميه منعه . القاموس المحيط باب الياء فصل الحاء (٣٢١/٤) . ومعنى الحمى أن يحمي أرضًا من الموات يمنع الناس رعي ما فيها من الكلأ ليختص بها دونهم . وكانت العرب في الجاهلية تعرف ذلك وقد أبطل الإسلام هذا النوع من الحمى . راجع المغني (٥٨٠/٥) أما الحمى الشرعي الذي هو مقصود الفقهاء فهو اقتطاع جزء من الأرض لتكون مرعى عامًا ، لا يملكه أحد ، بل ينتفع به عامة المسلمين . راجع النظام الاقتصادي في الإسلام للدكتور أحمد العسال ، دكتور فتحي عبد الكريم صـ٥٩ ط مكتبة وهبة . قال أبو عبيد : والحمى لله ولرسوله يكون في وجهين أحدهما : أن تحمي للخيل الغازية في سبيل الله ، عمل بذلك رسول الله ﷺ . والوجه الآخر : أن تحمي الأرض لنعم الصدقة إلى أن توضع مواضعها ، وتفرق في أهلها ، وقد عمل بذلك عمر ﷺ . راجع الأموال لأبي عبيد صـ ٣٧٥ ط دار الفكر للطباعة والنشر .

(٢) محل الخلاف في حمى غير الرسول ﷺ فقد ثبت عنه الحمى ، غير أن البعض قصره عليه ، والبعض جعله لغيره من الأئمة ، وهو مذهب الأحناف والمالكية والحنابلة . راجع البدائع (١٩٤/٦) ، مواهب الجليل (٣/٦) ، المغني (٥٨١/٥) .

(٣) « وسلم » ساقطة من (ن) .

(٤) في (ن) : [فيه] .

(٥) قال في المهذب « أحدهما : لا يجوز للخبر ، والثاني : يجوز لما روى عامر بن عبد الله ابن الزبير عن أبيه قال : أتى أعرابي من أهل نجد عمر ، فقال : يا أمير المؤمنين بلادنا قاتلنا عليها في الجاهلية ، وأسلمنا عليها في الإسلام ، فعلام تحميها ؟ فأطرق عمر ﷺ – وجعل ينفخ ويفتل شاربه وكان إذا كره أمرا فتل شاربه ، ونفخ ، فلما رأى الأعرابي ما به جعل يردد ذلك ، فقال عمر : المال مال الله والعباد عباد الله ، فلولا ما أحمل عليه في سبيل الله ما حميت من الأرض شبرا في شبر . راجع . المهذب (٥٥٨/١) الأم (٢٧٠/٣) ، ٢٧٣ ، نهاية المحتاج (٣٤٢/٥) واختار جواز الحمى للإمام ، ورآه الأظهر ، النكت ورقة ١٨٠ والحكام السلطانية للماوردى ص ١٦٠ .

(٦) سبقت ترجمته .

(٧) في (ع) : [أن] .

لله ولرسوله ولأئمة المسلمين » [١] .

١٨١١٧ – ولأن من ملك الولاية على بيت المال ملك أن يحمي الموات . أصله النبي ﷺ .

١٨١١٨ – ولأن ما كان للنبي ﷺ إمساكه لمؤنة [٢] بيت المال جاز للإمام ، كالحشيش النابت في أراضي بيت المال ، ولآن من جاز له أن يقطع جاز له أن يحمي . أصله « النبي » [٣] ﷺ .

١٨١١٩ – ولأن كل تصرف جاز للنبي ﷺ في مصالح المسلمين جاز للإمام . أصله الإقطاع [٤] [٥] .

١٨١٢٠ – وقد روي أن عمر [٦] ﷺ حمى الربذة [٧]

١٨١٢١ – وروى زيد [٨] بن أسلم عن أبيه أن عمر بن الخطاب ﷺ ولى على الحمى

(١) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه ، باب لا حمى إلا لله ولرسوله (١٤٨/٣) ، وابن حجر في الفتح – الباب السابق (٤٤/٥) وأخرجه أحمد في مسنده (٣٨/٤) ، ٧١ ، ٧٣ أبو داود باب الأرض يحميها الإمام أو الرجل (٤٦١/٣) رقم ٣٠٨٣ ، البيهقي – باب ما جاء في الحمى (١٤٦/٦) ، سنن الدارقطني (٢٣٨/٤) رقم ١٢٠ .

(٢) في (م) ، (ع) : [لمؤتة] وهو خطأ . (٣) في (ن) : [للنبي] بدلًا من « لمؤنة » .

(٤) قطعه كمنعه قطعا .. أبانه . القاموس المحيط باب العين فصل القاف (٧٢/٣) وهو : جعل بعض الأراضي الموات مختصة ببعض الأشخاص فيصير ذلك البعض أولى بها من غيره ، على ألا يكون لأحد اختصاص بها . راجع نيل الأوطار للشوكاني (٣١١/٥) ، البدائع (١٩٤/٦) ، الأحكام السلطانية للماوردي ص ١٦٤ ، المهذب (٥٥٧/١) .

(٥) قاعدة : « كل تصرف جاز للنبي ﷺ في مصالح المسلمين جاز للإمام . أصله الإقطاع » .

(٦) سبقت ترجمته

(٧) الربذة من قرى المدينة على ثلاثة أيام ، قريبة من ذات عرق على طريق الحجاز وبها قبر أبو ذر الغفاري . كانت من أحسن المنازل في طريق مكة تخربت من كثرة الحروب بين أهلها . راجع – : البلدان لياقوت (٢٤/٣) . وقد ورد في كتب الأحاديث بعد قوله ﷺ « لا حمى إلا لله ولرسوله » بلغنا أن النبي حمى النتقيع وأن عمر حمى السرف والربذة ، وقيل إنها من قول الزهري راوي الحديث حكاية لفعل النبي ﷺ وعمر ﷺ راجع صحيح البخاري (١٤٨/٣) ، فتح الباري لابن حجر (٤٤/٥) ، مسند أحمد (١٥٥/٢) ، ١٥٧ ، شرح السنة (٢٧٣/٨) .

(٨) زيد بن أسلم المدني الفقيه أبو أسامة ، ويقال أبو عبد الله مولى عمر ، وقيل مولى ابن عمر بن الخطاب روى عن أنس ، وجابر بن عبد الله وسلمة بن الأكوع وابن عمر وأبي هريرة وعائشة وروى عنه ابنه أسامة وروح بن القاسم ، وابن جريج وغيرهم ، وكان له حلقة في المسجد النبوي ، وله كتاب في التفسير توفي سنة ١٣٦ هـ راجع طبقات الحفاظ ٥٣ ، التهذيب (٣٩٥/٣) ، خلاصة تهذيب الكمال ص ١٠٨ ، طبقات القراء لابن ⁼

مولى له يقال له [١] هني [٢] ، وقال له : « اخفض جناحك للناس ، واتق دعوة المظلوم فإنها مجابة وأدخل رب الصريمة [٣] والغنيمة ، وإياي ونَعَمَ [٤] ابن عفان [٥] ونَعَمَ ابن عوف فإنهما إن تهلك ماشيتهما [٦] يرجعا إلى نخل وزرع ، وإن رب الصريمة والغنيمة [٧] إن تهلك ماشيتهما يأتيني ، ببنيه ، فيقول : يا أمير المؤمنين أفتاركهم أنا ؟ لا أبا لك الكلأ [٨] أهون علي من الدينار والدراهم [٩] وايم الله ليرون أني قد ظلمتهم ، إنها لبلادهم فقاتلوا عليها في الجاهلية وأسلموا عليها في الإسلام . والذي نفسي بيده لولا المال الذي أحمل عليه في سبيل الله ما حميت شبرًا [١٠] . وهذا بحضرة الصحابة ﷺ

= الجزري (٢٩٦/١) ، العبر (١٨٣/١) .

(١) ساقطة من (ص) ، (ن) .

(٢) في جميع النسخ [هبة] بدلا من « هنى » وما أثبتناه هو ما أورده البخاري وغيره ، وهو هُنَى مولى بن عمر وعامله على الحمى روى عن أبي بكر وعمر ومعاوية وعمرو بن العاص وعنه ابنه عمرو أبو جعفر محمد بن علي بن الحسن وقيل إن الذي روى عن عمر وعن جعفر رجل آخر مولى لعمرو بن العاص ترجم له صاحب التهذيب ، وقال إن اسمه هني ، وقال إن البخاري ذكر أنه هنيا وضبط صاحب نيل الأوطار اسمه على نحو ما ذكره البخاري فقال هنيا بضم الهاء وفتح النون وتشديد التحتية الياء ولم تذكر التراجم سنة وفاته . راجع التهذيب (٧٣/١١) ، ٧٤ ، ٧٤ ، التقريب (٣٢٢/٢) وانظر ضبط اسمه في نيل الأوطار (٥٢/٦) .

(٣) الصُرَيمَةُ تصغير صُرْمَة وهي فما بين العشرين إلى الثلاثين من الإبل أو من العشر إلى الأربعين . راجع نيل الأوطار (٥٢/٦) والمراد أدخل رب الإبل والغنم القليلة .

(٤) في (م) ، (ع) : [نفح] وهو خطأ .

(٥) أمير المؤمنين عثمان بن عفان بن العاص بن أمية ، ثالث الخلفاء الراشدين وأحد العشرة المبشرين ، زادت في عهده الفتوحات الإسلامية وجمع القرآن وكان أبو بكر قد جمعه وأبقى ما بأيدي الناس من الرقاع وغيرها ، روى ١٤٦ حديثا ، وسمي بذي النورين لأنه تزوج رقية ثم أم كلثوم ابنتا رسول الله ﷺ قتل ﷺ سنة ٣٥ هـ وهو يقرأ القرآن . راجع الاستيعاب (١٠٣٧/٣) ، شذرات الذهب (١٠/١) ، ٣٥ ، ٦٣ الإعلام (٢١٠/٤) ، خلاصة تهذيب الكمال ص٢٢١ ، طبقات ابن سعد (٣/) ١ صـ ٣٦ ، طبقات القراء لابن الجزري (٥٠٧/١) ، العبر (٣٦/١) ، النجوم الزاهرة (٩٢/١) ، طبقات الحفاظ صـ ٤ .

(٦) في (م) ، (ع) : [ما بينهما] .

(٧) (ص) ، (م) : [النحيلة] وفي (ن) [النخيلة] وفي (ع) : [النخيلة] وما أثبتتناه من كتب الحديث انظر : نيل الأوطار (٥٢/٦) .

(٨) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٩) في (م) ، (ع) : [من الدنيا دون الدراهم] وهو خطأ .

(١٠) أخرجه البخاري في صحيحه باب إذا أسلم قوم في دار الحرب ولهم مال وأرضون فهي لهم بلفظ قريب (٤/ ٨٧) ، والبيهقي باب ما جاء في الحمى (١٤٦/٦ ، ١٤٧) ومالك في الموطأ (١٠٠٣/٢) بلفظ قريب (٨٧/٤) والبيهقي باب ما يتقى من دعوة المظلوم ، والشافعي في المسند صـ ٣٨١ وانظر تلخيص الحبير ٦٧/٣ ، شرح السنة (٢٧٣/٨) ، ٢٧٤ .

من غير خلاف .

١٨١٢٢ - فإن قيل : يحتمل أن يكون حمى حماه (١) رسول الله ﷺ [لأن النبي (٢)] ﷺ قد (٣) يستغني (٤) عنه فيترك الحمى ثم يحتاج إليه فيحميه (٥) الإمام (٦) .

١٨١٢٣ - قلنا : النبي ﷺ « حمى » (٧) النقيع (٨) .

١٨١٢٤ - وقد (٩) روينا أن عمر حمى الربذة . ثم عمر يقول : يرون أني ظلمتهم ، ولو كان حمى حماه رسول الله ﷺ لما جاز أن يظنوا هذا .

١٨١٢٥ - فإن قيل : فقد روي أن عثمان ﷺ ذكر له فيما أنكر (١٠) عليه الحمى ، فدل أن الصحابة اختلفوا في ذلك .

١٨١٢٦ - قلنا : ما فعله عمر حق وصواب ، ومن أنكر عليه لا يعتد بإنكاره ولا يلتفت إلى خلافه ، ولم يثبت إنكار من الصحابة عليه وإنما هم أهل مصر ومن أشبههم .

١٨١٢٧ - احتجوا : بقوله ﷺ لا حمى إلا لله ولرسوله (١١)

---

(١) أي ما حماه الرسول ﷺ .

(٢) من (ص) وساقطة من غيرها .

(٣) في (ن) ، (م) ، (ع) : [ولم] .

(٤) في (ن) : [يستغنيا] .

(٥) في (ص) ، (ن) : [فيحمله] وهو خطأ وفي غيرهما : « فيحميه » وهو ما أثبتناه .

(٦) قال الشيرازي « لا يجوز للإمام أن يحمي الحشيش في أرض الموات في أحد القولين . وقال أبو حنيفة يجوز . لنا ما روى أبو داود عن الصعب بن جثامة أن النبي ﷺ حمى النقيع وقال لا حمى إلا لله ولرسوله ولأن من لا يملك الحمى لنفسه لم يملك للرعية كالرعية ولأن ما لا يجوز إقطاعه لا يملك حماه كالماء العد فقالوا روي أن عمر حمى أرضًا بالمدينة وولى عليه مولى يقال له هني قلنا لعله حمى ما حماه النبي - ﷺ قالوا إمام كالرسول قلنا فقد فرق النبي ﷺ بينه وبين غيره فلا يجوز الجمع ولأن النبي ﷺ ملك الحمى لنفسه ولا يملك غيره راجع النكت ورقة ١٨٠ مختصر خلافيات البيهقي ورقة ٢٢٣ .

(٧) في (ن) : [جاء] وهو خطأ .

(٨) بالنسخ [البقيع] وهو تصحيف ، والنقيع بالفتح ثم الكسر الموضع الذي يستقر به الماء ، وهما نقيعان نقيع الخضمات موضع حماه عمر بن الخطاب لخيل المسلمين وهو من أودية الحجاز . . ونقيع قرب مكة ، وهو الذي حماه الرسول ﷺ وهو غير نقيع الخضمات السابق وكلاهما بالنون قال ياقوت قد صحفه بعض أهل الحديث بالباء وليس كذلك ، ﷺ وإنما الذي بالباء مدفن أهل المدينة . راجع البلدان (٣٠١/٤ - ٣٠٢) .

(٩) في (ن) : [وقال] وهو خطأ .

(١٠) كذا بالنسخ ولعل صوابها [ذكر فيمن أنكر عليه الحمى] .

(١١) سبق تخريج الحديث .

١٨١٢٨ - قلنا : خبرنا زائد فكان أولى [١] ، ولأن ما جاز للنبي ﷺ من التصرف لمصالح المسلمين [٢] جاز للأئمة بعده .

١٨١٢٩ - قالوا : روى عن النبي ﷺ أنه قال : « الناس شركاء في ثلاثة » [٣] وهذا يمنع الحمى [٤] .

١٨١٣٠ - قلنا : لا يمنعه ، لأنه حق لجميع الناس ، فإذا حماه كان لهم ، فقد وصل نفعه إلى جماعتهم ، وهذا لا يمنع الشركة .

١٨١٣١ - قالوا : روي عن النبي ﷺ أنه قال : « من يمنع فضل الماء لفضل الكلأ منعه الله فضل رحمته » [٥]

١٨١٣٢ - قلنا : هذا يدل على أنه لا يجوز منع الماء مخافة على الكلأ ، والكلام في منع الكلأ .

١٨١٣٣ - ولأن فضل الماء وفضل الكلأ إنما يكون في ملك الإنسان وأما في المباح فلا يُمْنَع فضله ولا أصله . وعند مخالفنا : الكلأ [٦] الذي في أرضه يجوز

---

(١) يقصد زيادة البخاري وغيره والتي صرح فيها بحمى النقيع والسرف والربذة . وقد سبقت الإشارة إليها

(٢) في (م) ، (ع) : [لصالح المسلمين] .

(٣) الحديث يروى من طريق ابن عباس ومن طريق رجل من الصحابة وقد أخرجه البيهقي من الطريقين في باب ما لا يجوز إقطاعه من المعادن الظاهرة بلفظ المسلمون بدل « الناس » (١٥٠/٦) . وابن ماجه من حديث ابن عباس بلفظ المسلمون أيضًا (٨٢٦/٢) حديث رقم ٢٤٧٢ ، وفي سنن أبي داود - باب منع الماء (٧٥١/٣) رقم ٣٢٤٥ وقد ذكروا الثلاثة وهي « الماء والكلأ والنار » . وروايته عن طريق رجل من الصحابة غير معلوم لا تطعن في صحة الحديث ، لأن أصحاب النبي كلهم ثقات ، وترك أسمائهم في الإسناد لا يضر عند المحدثين إن لم يعارض بما هو أرجح منه . راجع نصب الراية (٢٩٤/٤) ، تلخيص الحبير (٦٥/٣) كما أنه يقوى بروايته من طريق ابن عباس .

(٤) أي أن حق الشركة الثابت للناس جميعًا في الكلأ النابت في الأرض غير المملوكة لأحد يمنع الحمى لما فيه من تخصيصه بطائفة معينة دون غيرهم ، وهم المجاهدون ودواب بيت المال ..

(٥) حديث صحيح متفق على معناه وإن اختلف اللفظ ، فقد أخرج البخاري من طريق أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ لا يمنع فضل الماء ليمتنعوا به فضل الكلأ ، صحيح البخاري باب من قال صاحب الماء أحق به حتى يروى (١٤٤/٣) . ولفظ حديث الباب أخرجه مسلم باب تحريم فضل بيع الماء (١١٩٨/٣) رقم ١٥٦٦ ، ابن ماجه - باب نهي عن بيع فضل الماء .. إلخ (٨٢٨/٢) رقم ٢٤٧٨ ، وأبو داود - باب في بيع الماء (٢٣٧/٣) ، والترمذي مختصرًا (٥٧٢/٣) رقم ١٢٧٢ ومالك في الموطأ - باب القضاء في المياه بلفظ البخاري ٧٤٤/٢ ، والشافعي في المسند بلفظ مسلم صـ ٣٨٢ .

(٦) في (م) : [الكلام] وهو خطأ وفي غيرها : الكلأ .

المنع (١) منه .

١٨١٣٤ - قالوا : لا يجوز أن يحمي لنفسه فلم يجز أن يحمي لمصالح المسلمين . أصله : الرعية ، وعكسه النبي ﷺ (٢) .

١٨١٣٥ - قلنا : الواحد من الرعية : لا يملك التصرف على المسلمين . وعندنا يجوز الحمى لمواشي المسلمين وخيل المجاهدين . فمن لا يجوز أن يتصرف عليهم لا يجوز أن يحمي لهم (٣) ، ولما كان الإمام يملك التصرف جاز أن يحمي لهم إقطاعه لا يجوز [للإمام إقطاعه ولا التصرف فيه لا يجوز] (٤) أن يحميه كالمياه .

١٨١٣٦ - قلنا : لا نسلم الوصف لأن الحمى إنما يكون في المباح ، وذلك كله يجوز للإمام إقطاعه ، وتخصيص الواحد به إذا رأى ذلك من المصلحة . فأما الماء فإن كان المسلمون (٥) يستضرون بحماه لم يجز ، كما لو استضروا بالحمى في الحشيش . وإن لم يستضروا فلا بأس أن يحمي ماء بعينه تشرب منه إبل الصدقة ، وترده دون غيرها حتى لا تختلط .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [البيع] بدلًا من « المنع » وكلاهما صواب وتأتي المسألة .

(٢) راجع نص النكت السابق .

(٣) يقصد سائر الرعية .

(٤) زائدة لضرورة السياق .

(٥) في (م) : [المسلمين] وهو خطأ .

الحشيش النابت في أرض مملوكة

١٨١٣٧ - قال أصحابنا : إذ نبت الكلأ في أرض مملوكة لم يملكه صاحبها [١] وكل من أخذه فهو له ، إلا أنه [٢] يكره دخول الأرض بغير إذن مالكها [٣] ، وكذلك ماء البئر والعين [٤] غير مملوك [٥] لصاحبها . ومن أخذ منه شيئًا ملكه ، ولم يلزمه رده [٦] .

١٨١٣٨ - وقال الشافعي إذا نبت الحشيش في أرض مملوكة فهو ملك لصاحبها ، يجوز له بيعه ، وإن أخذه ، غيره لزمه رده عليه [٧] .

١٨١٣٩ - وقال في كتاب الأقضية في القديم ، وفي [٨] كتاب حرملة [٩] : إن

---

(١) بياض في (ن) محل « صاحبها » .

(٢) في (ع) : [صاحبه] وهو خطأ لأن الضمير عائد على الأرض لاعلى الكلأ .

(٣) في (ن) : [أن] . (٤) ساقطة من (م) ، (ع) . (٥) في (ن) : [مملوكة] .

(٦) وبه قال الحنابلة في رواية . راجع البدائع (١٨٩/٦) ، ١٩٣ ، المغني (٥٧٣/٥) .

(٧) قال الشيرازي « ما ينبت في أرض الإنسان من الحشيش ملك لصاحب الأرض . وقال أبو حنيفة ليس بملك له . لنا أنه نماء ملكه فأشبه الشجر والشعر والصوف . قالوا روي أن النبي ﷺ قال : الناس شركاء في ثلاثة الماء والنار والكلأ . قلنا نحمله على المباح منه . قالوا : حشيش نابت في الأرض فأشبه النابت في الموات . قلنا ذاك نابت في المباح ، فهو كشعر الصيد ، وهذا نابت في مملوك فهو كشعر الغنم . راجع النكت ورقة ١٨٠ . وقد ذكر الشيرازي في هذا النص المسألة على أنها قول واحد لكنه نقل في المهذب ما يشير إلى أن المسألة محل خلاف في المذهب ففي المهذب « وإذا أحيا الأرض ملك الأرض وما فيها من المعادن كالبلور والحديد والرصاص ؛ لأنها من أجزاء الأرض ، فملكه بملكها ، ويملك ما ينبع فيها من الماء والقار وغير ذلك .. ويملك ما ينبت فيها من الشجر والكلأ . وقال أبو القاسم الصيمري لا يملك الكلأ ولأنه لو أفرخ في الأرض طائر لم يملكه ، فكذلك إذا نبت فيه الكلأ . وقال أكثر أصحابنا يملك لأنه نماء الملك فملكه كشعر الغنم « راجع المهذب (٥٥٥/١) ومثله في نهاية المحتاج (٣٥٥/٢) . ومذهب المالكية في هذه المسألة قريب من مذهب الشافعية ، لكنهم وضعوا ضوابط للمنع ؛ فقالوا في ماء البئر : له أن يمنع غيره إن كان البئر في حائط يستضر بالدخول عليه كبئر في المنزل أو كان يحتاج إلى مائه . وفي الكلأ قالوا إذا كان في أرض بها زرع له أو محوطة يستضر بدخول الغير فيها . أما إذا كانت أرضا تركها ينبت فيها الكلأ فليس له أن يمنع أحدًا منها وكذلك ليس له أن يمنع فضل ماء بئره عن شخص خاف عليه الهلاك وإن جاز بيعه له ، فإن امتنع أجبر على بيعه له . راجع الشرح الصغير (٣٣٤/٣) ، حاشية الدسوقي (٧٤/٤ - ٧٥) ، مواهب الجليل (١٦/٦ - ١٧) .

(٨) في (ع) وساقطة من غيرها .

(٩) أبو حفص وأبو عبد الله حرملة بن يحيى بن عبد الله بن حرملة بن عمران التيجي المصري صاحب الإمام =

الماء[1] ملك [2] لصاحب البئر ويجوز له بيع مقدار معلوم بالكيل أو الوزن ومن استقاه لزمه رده على صاحبه وإن أتلفه لزمه قيمته [3]

١٨١٤٠ – لنا : ما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال : الناس شركاء في ثلاثة الماء والكلأ والنار [4] . وهذا ينفي أن يختص به واحد .

١٨١٤١ – وروى مالك [5] [عن أبي الزناد] [6] عن الأعرج [7] عن أبي

= الشافعي رضي الله عنه كان أكثر أصحابه اختلافًا إليه واقتباسًا منه وكان حافظًا للحديث . صنف المبسوط والمختصر وروى عنه الإمام مسلم بن الحجاج فأكثر في صحيحه من ذكره . توفي ليلة الخميس لتسع بقين من شوال سنة ثلاث وأربعين ومائتين سنه ٢٤٣ هـ بمصر . راجع التهذيب (٢٢٩/٢) ، وفيات الأعيان (٦٤/٢) ، طبقات الشافعية للاسنوي (٢٨/١) ، طبقات الحفاظ ص ٢١٠ ، حسن المحاضرة للسيوطي (٣٠٧/١) ، العبر (٤٤٠/١) ، خلاصة تهذيب الكمال صـ ٦١ .

(١) في (م) ، (ع) : [يقول إن الماء] . (٢) في (م) ، (ع) : [المالك] وهو خطأ .

(٣) راجع المهذب (٥٥٥/١) ، نهاية المحتاج (٣٥٥/٢) وهي الرواية المقابلة للأظهر عند الحنابلة . راجع المغني (٥٧٣/٥) . (٤) سبق تخريج الحديث .

(٥) الإمام مالك بن أنس بن أبي عمرو بن الحارث الأصبحي الحميري أبو عبد الله المدني ، إمام دار الهجرة وأحد الأئمة الأربعة ، وإليه ينتسب المذهب المالكي . روى عن نافع ومحمد بن المنكدر ، وجعفر الصادق وخلق كثير وروى عنه الشافعي وغيره كثير . قال ابن المديني له نحو ألف حديث . قال البخاري أصح الأسانيد مالك عن نافع عن بن عمر . وقال الشافعي إذا جاء الأثر فمالك النجم . كان صلبًا في دينه بعيدًا عن الأمراء والملوك ، وشي به إلى جعفر عم المنصور فضر به سياطا انخلع لها كتفه . وأرسل إليه الرشيد ليحدثه فقال العلم يؤتى ، فقصده الرشيد ، وجلس بين يديه . وسأله المنصور أن يصنع كتابا للناس يحملهم على العمل به فصنف الموطأ وله رسائل في الوعظ وكتاب في المسائل ورسائل في الرد على القدرية وتفسير غريب القرآن وغيرها . توفي رضي الله عنه سنة ١٧٩ هـ وهو ابن تسعين سنة . راجع الأعلام (٢٥٧/٥) ، وفيات الأعيان (١٣٥/١) ، معجم المؤلفين (١٦٨/٨) ، التهذيب (١٧٤/١٠) ، طبقات الحفاظ ص ٨٩ ، خلاصة تهذيب الكمال صـ ٣١٣ صفوة الصفوة (٩٩/٢) ، طبقات القراء (٣٥/٢) ، طبقات المفسرين للداودي (٢٩٣/٢) ، العبر (٢٧٢/١) ، ومرآة الجنان (٣٧٣/١) ، النجوم الزاهرة (٦٩/٢) .

(٦) في (م) ، (ع) [أبي الزياد] وهو خطأ وهو أبو الزناد عبد الله بن أحمد بن بشير بن ذكوان الدمشقي صدوق متقدم في القراء . روى عن أنس وعائشة وغيرهم ، وعنه ابناه عبد الرحمن وأبوالقاسم وصالح بن كيسان وغيرهم . قال البخاري أصح أسانيد أبي هريرة أبو الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة توفي سنة ١٣٠هـ. راجع التهذيب (٢٠٣/٥) ، ذكر أسماء التابعين ومن بعدهم (١٩٠/١) ، طبقات الحفاظ ١٠٦، خلاصة تهذيب الكمال ص ١٩٢ ، العبر (٢٦٥/١) .

(٧) عبد الرحمن بن هرمز الأعرج أبو داود المدني . روى عن أبي هريرة وأبي سعيد وعبد الله بن مالك وابن عباس وغيرهم وعنه زيد بن أسلم وصالح بن كيسان والزهري ، وأبو الزناد وجعفر بن ربيعة ومحمد بن =

هريرة[١] ﷺ أن النبي ﷺ قال : « من منع فضل الماء ليمنع به فضل الكلأ منعه الله فضل رحمته يوم القيامة » [٢]

١٨١٤٢ - ولو كان الكلأ ملكًا له [٣] لم يلحقه الوعيد بمنع شيء منه لأن الغالب في الكلأ المباح فما حصل منه في ملكه بغير « فعله » [٤] . لم يملكه كالصيد .

١٨١٤٣ - احتجوا : بأنه نماء ملكه لا يملكه غيره ، فوجب أن يكون له أصله : الحطب والقصب [٥] .

١٨١٤٤ - قلنا الأصل غير مسلم لأن الحطب والقصب إذا نبت في أرض إنسان [٦] بغير فعله لم يملكه كالصيد ، فإن قاسوا على ما أثبته من ذلك

١٨١٤٥ - قلنا : حصل في ملكه بفعله فهو كالسمك إذا حصله في حظيرة لصيده وما نبت بنفسه كالسمك الذي خرج به السيل إلى أرضه فصاحب الأرض وجميع الناس فيه سواء .

* * *

= إسحاق وغيرهم . وهو ثقة توفي بالمدينة سنة ١١٧ هـ . راجع التهذيب (٢٩٠/٦) ، التقريب (٥٠١/١) ، ذكر أسماء التابعين ومن بعدهم (٢١٤/١) ، شذرات الذهب (١٥٣/١) ، طبقات الحفاظ صـ ٣٨ خلاصة تهذيب الكمال صـ ٢٠٠ ، طبقات القراء (٣٨١/١) ، النجوم الزهرة (٢٧٦/١) وغيرها .

(١) عبد الرحمن بن صخر الدوسي على أرجح الروايات اختلف في اسمه واسم أبيه اختلافًا كثيرًا . فقيل اسمه عبد الرحمن بن صخر ، وقيل ابن غنم وقيل عبدالله بن عائذ وقيل ابن عامر وقيل غير ذلك . كان من المكثرين لرواية الحديث لكثرة ملازمته للرسول - ﷺ أسلم سنه ٧ هـ وتوفي سنه ٥٧ هـ . راجع شذرات الذهب (٦٣/١) ، الإصابة (٤٢٥/٧) ، أسد الغابة (٣١٨/٦) ، التهذيب (٢٦٢/١٢ - ٢٦٧) وغيرها.

(٢) انظر الموطأ - باب القضاء في المياه (٧٤٤/٢) وقد سبق تخريج الحديث .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) . (٤) بياض في (م) ، (ع) .

(٥) راجع نص النكت السابق والمهذب (٥٥٥/١) .

(٦) في (ن) : [الإنسان] .

مَوْسُوعَة

القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارَنَة

المُسَمَّاة

التَّجْرِيد

كتاب الوقف

مسألة (١) ٩٠٩

صور لزوم الوقف وجوازه

١٨١٤٦ - قال أبو حنيفة وزفر لا يزول الملك (٢) عن الوقف بالقول إلا أن يخرجه مخرج (٣) الوصايا

١٨١٤٧ - وقال أبو يوسف يزول الملك عنه بالقول (٤) .

١٨١٤٨ - وبه قال الشافعي (٥) .

---

(١) في اللغة الوقف يقف وقوفًا دام قائمًا ، ووقفته أنا وقفًا فعلت به ما وقف كوقفته وأوقف الدار حبسه للوقف محل الوقوف راجع القاموس المحيط باب الفاء فصل الواو (٢١٢/٣) .

وقد اختلف الفقهاء في تعريفه ؛ فعرفه الأحناف تعريفات مختلفة طبقًا لاختلافهم في النظر إليه وإلى مفهومه وحكمه ، ويتلخص ذلك في اتجاهين ، أولهما تعريف أبي حنيفة له بأنه :

هو حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة .

عند الصاحبين هو حبس العين على حكم ملك اللّٰه تعالى . راجع اللباب (١٨٠/٢)

وعرفه المالكية : بأنه جعل منفعة مملوك ولو بأجرة أو غلته لمستحق بصيغة مدة ما يراه المحبس . راجع الشرح الصغير (٣٣٦/٣)

وعرفه الشافعية : بأنه حبس مال يمكن الانتفاع به ، مع بقاء عينه ، يقطع التصرف في رقبته ، على مصرف مباح موجود . راجع نهاية المحتاج (٣٥٨/٥)

وعند الحنابلة : هو تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة . راجع الإنصاف (٣/٧) المغني (٥٩٧/٥)

(٢) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٣) هذه إحدى حالتين يخرج فيها الملك في الوقف من المالك إلى اللّٰه ﷻ عند أبي حنيفة . ومعناها أن تكون صورة الوقف على هيئة الوصية كأن يقول مثلًا إذ مت فقد وقفت داري على كذا مثلًا والحالة الثانية هي أن يحكم الحاكم بلزوم الوقف . وصورة ذلك أن يسلم الواقف وقفه إلى المتولي ، ثم يريد أن يرجع بعلة عدم اللزوم ، فيحتكما إلى القاضي فيقضي باللزوم إن كان ممن يرى ذلك تقليدًا للصاحبين أو غيرهما من علماء المذاهب الأخرى . راجع البدائع (٢١٨/٦) ، اللباب (١٨٠/٢) ، حاشية ابن عابدين (٣٣٨/٤) .

(٤) ساقط من (م) ، (ع) ونلاحظ أن المصنف لم يذكر رأي محمد في المسألة . وهو يرى أن الملك يزول عن الوقف ولكن ليس بالقول بل بتسليمه إلى الولي . راجع البدائع واللباب وحاشية ابن عابدين في المواضع السابقة .

(٥) وبه قال المالكية والحنابلة أيضًا . راجع المهذب (٥٧٨/١) ، والنكت ورقة ١٨٢ ، حاشية الدسوقي (٧٥/٤) ، المغني (٥٩٨/٥) .

١٨١٤٩ - لنا : ما روى عكرمة (١) عن أبي عباس (٢) ﷺ قال سمعت رسول الله ﷺ بعد ما أنزلت سورة النساء وأنزل فيها الفرائض نهى عن الْحَبْس (٣)

١٨١٥٠ - وري أنه قال « لا حَبْس عن فرائض الله » (٤) وهذا يدل على أن الحبس بعد نزول آية المواريث مخالف لما قبله ، وذلك أنهم كانوا يصنعون بمالهم ما شاؤا ، وكان (٥) الحبس كذلك ، فلما نزلت آية المواريث نسخ ذلك .

١٨١٥١ - فإن قيل : إنما يعنى بهذا حبس النساء في البيوت إذا أتين الفاحشة (٦) .

١٨١٥٢ - قلنا : ذاك ثبت بسورة النساء (٧) وبحديث عبادة (٨) والخبر

(١) عكرمة البربري أبو عبد الله المدني مولى ابن عباس أصله من البربر قال طلبت العلم أربعين سنة وكنت أفتي بالباب وابن عباس في الدار . روى عن مولاه وعلي بن أبي طالب والحسن بن علي وأبي هريرة وغيرهم . وروى عنه إبراهيم النخعي والشعبي وهما أقرانه وغيرهما . وهو من رجال الصحيحين توفي سنه ١٠٤ هـ وقيل ذلك . راجع التهذيب (٢٦٢/٧) ، شذرات الذهب (١٣٠/١) ، طبقات الحفاظ صـ ٣٧ خلاصة تهذيب الكمال ص ٢٢٩ ، طبقات المفسرين (٣٨٠/١) ، والعبر (١٣١/١) والنجوم الزاهرة (٢٦٣/١) وغيرها .

(٢) سبقت ترجمته .

(٣) هذا معناه . ونصه « لا حبس بعد سورة النساء » راجع فتح البارى (٢٣٨/٨) - سورة النساء ، البيهقى باب من قال لا حبس عن فرائض الله ﷻ (١٦٢/٦) الدارقطني (٦٨/٤) رقم ٤ ، كنز العمال باب الوعيد على تارك الوصية (٦١٩/١٦) رقم ٤٦٠٨٥

(٤) هذه الرواية عن عكرمة عن ابن عباس أيضًا . أخرجها البيهقي باب من قال لا حبس عن فرائض الله (١٦٢/٦) وقال عنها « لم يسنده غير ابن لهيعة عن أخيه ، وهما ضعيفان . . وهذا اللفظ إنما يعرف من قول شريح القاضي . والدارقطني (٦٨/٤) رقم (٤) .

(٥) في (ن) : [وإن كان]

(٦) يقصد بذلك قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّٰتِى يَأۡتِينَ ٱلۡفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمۡ فَٱسۡتَشۡهِدُواْ عَلَيۡهِنَّ أَرۡبَعَةً مِّنكُمۡۖ فَإِن شَهِدُواْ فَأَمۡسِكُوهُنَّ فِى ٱلۡبُيُوتِ حَتَّىٰ يَتَوَفَّىٰهُنَّ ٱلۡمَوۡتُ أَوۡ يَجۡعَلَ ٱللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا ﴾ آية (١٥) النساء . قال القرطبي « هذه أول عزمات الزناة ، وكان هذا في ابتداء الإسلام ، قاله عبادة بن الصامت والحسن ومجاهد حتى نسخ بالأذى الذي بعده ، ثم نسخ ذلك بآية النور وبالرجم في الثيب . وقالت فرقة بل كان الإيذاء هو الأول ثم بالإمساك ، والحبس في البيوت كان في صدر الإسلام قبل أن يكثر الجناة . فلما كثروا وخشي قوتهم اتخذ لهم السجن . راجع تفسير القرطبي (١٧٥٠/٢) .

(٧) حكم هذه الآية وهو حبس النساء في البيوت نسخ فيما يشير إليه نص القرطبي السابق بقوله تعالى بعدها : ﴿ وَٱلَّذَانِ يَأۡتِيَٰنِهَا مِنكُمۡ فَـَٔاذُوهُمَاۖ فَإِن تَابَا وَأَصۡلَحَا فَأَعۡرِضُواْ عَنۡهُمَآۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ تَوَّابًا رَّحِيمًا ﴾ آية (١٦) سورة النساء وهو ما قصده المصنف بقوله ذاك ثبت بسورة النساء .

(٨) عبادة بن الصامت بن قيس الأنصاري الخزرجي صحابي من الموصوفين بالورع شهد العقبة وبدار وسائر المشاهد ثم حضر فتح مصر وهو أول من ولي القضاء بفلسطين روى ١٨١ حديثًا اتفق البخاري ومسلم على ست منها وتوفي بالرملة أو بيت المقدس سنة ٣٤ هـ . راجع التهذيب (١١١/٥) ، والإصابة (٢٦٨/٢) ، =

يقتضي [١] حبسًا بنسخ الفرائض التي في سورة النساء وهي فرائض الأموال [٢] .

١٨١٥٣ – فإن قيل إنما [٣] نهى عن السائبة [٤] والوصية [٥] والبحيرة .

١٨١٥٤ – قلنا : هذا ساقط من ثلاثة أوجه

١٨١٥٥ – أن البحيرة [٦] والسائبة إطلاق وليس بحبس ، لأنهم كانوا يخرجونها من حكم الملك ويمنعون الانتفاع بها ، كما يزول الملك عن المعتق بالعتق [وهذا إطلاق [٧]] وهو ضد الحبس .

١٨١٥٦ – والثاني : أن السائبة والبحيرة لم تكن تفعل في الإسلام ، وإنما كانت في الجاهلية ، والخبر يقتضي أمرًا كانوا يفعلونه إلى أن نزلت السورة .

١٨١٥٧ – والثالث : أنه [٨] عام في الوقف ، وما ذكروه فلم [٩] يجز تخصيصه بغير دليل .

= الاستيعاب (٨٠٧/٢) ، الأعلام (٢٥٨/٣) . وغيرها . ويقصد بحديثه ما رواه عن النبي ﷺ أنه قال « خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلًا البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة ، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم » قال الإمام الشوكاني رواه الجماعة إلا البخاري والنسائي . راجع نيل الأوطار (٨٧/٧) . فبهذا الحديث يكون حكم الحبس الثابت في الآية منسوخًا .

(١) أي خبر [لا حبس عن فرائض الله] .

(٢) قال الشيرازي « . . قالوا روي عن ابن عباس أنه قال لما نزلت سورة النساء وفرض الله الفرائض قال النبي ﷺ : لا حبس بعد سورة النساء . قلنا : المراد الحبس المسقط لفرائض الله ﷻ ومازاد على الثلث فإن الفرائض به تتعلق » راجع النكت ورقة ١٨٣ » .

(٣) في (ع) : [إنها] بدل « إنما » .

(٤) السائبة المهملة والبعير يدرك نتاج نتاجه فيسيب أي يترك لا يركب ، والناقة كانت تسيب في الجاهلية لنذر ونحوه ، أو كانت إذا ولدت عشرة أبطن كلهن إناث سيبت ، أو كان الرجل إذا قدم من سفر بعيد أو نجت دابته من مشقة أو حرب قال هي سائبة . وكانت لا تمنع عن ماء ولا كلأ ولا تركب . راجع القاموس المحيط باب الباء فصل السين (٨٧/١) .

(٥) الوصيلة الناقة التي وصلت بين عشرة أبطن ومن الشاء التي وصلت سبعة أبطن عناقين عناقين ، فإن ولدت في السابعة عناقًا وجديًا قيل وصلت أخاها فلا يشرب لبن الأم إلا الرجال دون النساء ، وتجرى مجرى السائبة أو الوصيلة الشاة خاصة . كانت إذا ولدت الأنثى فهي لهم وإذا ولدت ذكرا جعلوه لآلهتهم ، وإن ولدت ذكرا وأنثى فتصل أخاها فلا يذبحون أخاها من أجلها وإذا ولدت ذكرا قالوا وصلت أخاها فلم يذبحوا الذكر لآلهتهم ، أو هي شاة تلد ذكرًا وأنثى هذا قربان لآلهتنا . راجع القاموس المحيط باب اللام فصل الواو (٦٦/٤) .

(٦) عرفت بمثل تعريف السائبة والوصيلة إلا أنهم قالوا إنها التي ولدت خمسة أبطن . وقيل هي ابنة السائبة وحكمها حكم أمها . راجع القاموس المحيط باب الراء فصل الباء (٣٨١/١) .

(٧) ساقط من (م) ، (ع) .

(٨) أي نهيه عن الحبس .

(٩) في (ص) ، (ن) : [لم] .

١٨١٥٨ - ويدل عليه [ما روى (١)] أبو حنيفة ومعن بن [كلام] (٢) عن الشعبي (٣) عن شريح (٤)

١٨١٥٩ - أنه قال : جاء محمد ببيع الحبس (٥)

١٨١٦٠ - وهذا إخبار عن شريعته (٦) ﷺ ، ولا يقال إنه مرسل ؛ لأن إرساله لا يمنع الاستدلال به عندنا (٧) .

١٨١٦١ - ويدل عليه : ما روى بشير بن محمد بن عبد الله بن زيد (٨) وأبو بكر

---

(١) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [كرام] وكلاهما لم نقف له على ترجمة ، وربما وقع غلط من الناسخ في سند الأثر ، وسوف يتضح هذا عند تخريجه .

(٣) في (ع) [الشفعى] وهو خطأ . وهو عامر بن شرا حيل أبو عمرو الكوفي أدرك خمسمائة من الصحابة ، وقال : ما كتبت سوداء في بيضاء قط ، ولا حدثني رجل بحديث فأحببت أن يعيده علي ، ولا حدثني رجل بحديث إلا حفظته ، قال أبو مخلد : ما رأيت أفقه من الشعبي توفي سنة (١٠٣ هـ) . راجع طبقات الحفاظ صـ٣٣ ، التهذيب (٦٥/٥) ، خلاصة تهذيب الكمال صـ ١٥٩ طبقات القراء (٣٥٠/١) ، العبر (١٢٧/١) ، النجوم الزاهرة (٢٥٣/١) ، تقريب التهذيب ١ (٣٨٧/) ، البداية والنهاية (٢٣٠/٩) .

(٤) شريح بن الحارث بن قيس الكندي أبو أمية الكوفي القاضي ، أدرك النبي ﷺ ولم يره . ولى القضاء لعمر وعثمان وعلى ومعاوية ستين سنة إلى أيام الحجاج ، فاستعفي وله مائة وعشرين سنة توفي سنة ٧٨ هـ . راجع الإصابة (٣٣٥/٣) ، طبقات الحفاظ صـ٢٠ ، التهذيب (٣٢٦/٤) ، خلاصة تهذيب الكمال صـ١٤٠ العبر (٨٩/١) وغيرها .

(٥) الأثر ذكره البيهقي في السنن الكبرى وابن أبي شيبة في مصنفه وسند الأثر عندهما عن وكيع وابن أبي زائدة عن مسعر عن أبي عون عن شريح « قال : جاء محمد ببيع الحبس ، وفي رواية بمنع الحبس » وربما وقع غلط من الناسخ كما سبقت الإشارة في السند ، فلم نجد لمعن بن كلام أو كرام ترجمة بين المحدثين أو الفقهاء ، وأما الشعبي فيصح أن يكون في السند لأنه من تلاميذه شريح . راجع السنن الكبرى - كتاب الوقف - باب من قال : لا حبس عن فرائض الله (١٦٣/٦) ، مصنف ابن أبي شيبة كتاب البيوع (٢٥١/٦) ، ونصب الراية (٤٧٧/٣) .

(٦) في (ص) ، (ن) [شرعه] .

(٧) قال الشيرازي : قالوا : روي عن شريح أنه قال : جاء محمد ببيع الحبس ، وروي بإطلاق الحبس ، قلنا : هو مرسل ، ثم يحتمل أنه أراد الحبس الذي في الجاهلية . راجع النكت ورقة ١٨٣ . وفي مختصر الخلافيات : قال الشافعي ﷺ : واحتج محتج بحديث شريح أن محمدا - ﷺ جاء بإطلاق الحبس ، قال مالك : الذي جاء محمد ﷺ بإطلاقه هو الذي في كتاب الله ﷻ ﴿ مَا جَعَلَ اللَّهُ مِنۢ بَحِيرَةٍ وَلَا سَآئِبَةٍ وَلَا وَصِيلَةٍ وَلَا حَامٍ ﴾ من الآية ١٠٣ سورة المائدة راجع مختصر خلافيات البيهقي ورقة ٢٢٥ .

(٨) بشير بن محمد بن عبد الله بن زيد ، قال الهيثمي : وبشير هذا لم نجد من ترجم له . مجمع الزوائد (٢٣٣/٤) .

٢/أ بن حزم / [١] عن عمرو بن سليم [٢] عن عبد الله بن زيد الأنصاري [٣] أنه تصدق بحائط فأتى أبوه النبي ﷺ فقال : يا رسول الله إنها كَلُّ في وجوهنا ، ولم يكن لنا مال غيره ، فدعا عبد الله وقال : إن الله قد قبل منك صدقتك ، ورد على أبويك : قال بشير [٤] : فتوارثناها [٥] بعد ذلك [٦] .

١٨١٦٢ - فإن قيل : كان الحائط لهما [٧] .

١٨١٦٣ - قلنا : روي أنه تصدق بحائط [٨] وروي أنه تصدق بما ليس له مال غيره ، وقال أبوه لرسول الله ﷺ : « تصدق بحائط » وكان لنا وله منه كفاف [٩] .

---

(١) قيل اسمه أبو بكر وكنيته أبو محمد الأنصاري الخزرجي ثم البخاري ، قيل : إنه كان أعلم أهل المدينة بالقضاء ، وقد تولى القضاء بها وإمارتها ، وله خبرة بالسيرة ، وهو ثقة ، توفي سنة (١٢٠ هـ) . راجع التهذيب (٢٤/١٢) ، التقريب (٣٩٦/٢) ، ذكر أسماء التابعين ومن بعدهم (٢٤٦/٢) ، شذرات الذهب (١٥٧/١) .

(٢) عمرو بن سليم بن خلدة بن مخلد بن عامر زريق الأنصاري ، روى عن قتادة وابن الزبير وسعيد بن المسيب وغيرهم . وعنه روى ابنه سعيد وأبو بكر بن المنكدر وأبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم وغيرهم ، وهو تابعي ثقة توفي سنة (١٠٤ هـ) راجع التهذيب (٤٥/٨) ، التقريب (٧١/٢) ، الجرح والتعديل (١٣٥/٦) ، التاريخ الكبير (٣٣٣/٦) .

(٣) عبد الله بن زيد بن عاصم بن كعب البخاري الأنصاري . صحابي من أهل المدينة ، شهد بدرًا وقتل مسيلة الكذاب يوم اليمامة له ٤٨ حديثًا ، قتل في وقعة الحرة سنة (٦٣ هـ) . راجع التهذيب (٢٢٣/٥) ، الاستيعاب (٩١٣/٣) ، الأعلام (٨٨/٤) وغيرها .

(٤) في (ص) ، (ن) : [حسن] وساقطة من (م) ، (ع) وما أثبتناه من نص الحاكم .

(٥) في (م) ، (ع) : [فتوارثنا] .

(٦) الحديث يروى بروايات عدة ، أصحها هذا الطريق الذي ذكره المصنف . قال الحاكم : الحديث وإن كان صحيحًا على شرط الشيخين فإني لا أرى بشير بن محمد الأنصاري سمع من جده عبد الله بن زيد . راجع المستدرك (٣٤٨/٤) ، سنن الدارقطني بلفظ الحاكم (٢٠٠/٤) رقم ٤ ، وكنز العمال (٨٤/١١) رقم (٣٠٧/١) وانظر مجمع الزوائد (٢٣٣/٤) .

(٧) قال الشيرازي : قلنا : ذاك كان لأبويه ، ألا ترى أنه رده عليهما دونه ؟ ولأنه ورثهما فلو كان له لما ورثه منهما . راجع النكت ورقة ١٨٣ وقال في مختصر الخلافيات « .. هذا مرسل ؛ لأن عبد الله بن زيد بن عبد الله توفي في خلافة عثمان ولم يدركه أبو بكر بن حزم ، ورواه بشير بن محمد عن عبد الله بن زيد وهو أيضًا مرسل ؛ لأن بشيرا لم يدرك عبد الله بن زيد ، ورواه عمرو بن سليم عن عبدالله بن زيد وهو أيضًا مرسل . راجع مختصر الخلافيات ورقة ٢٢٥

(٨) في (ص) ، (ن) : [بحائط] وفى (م) : [وبها]

(٩) راجع المستدرك (٣٤٨/٤) .

١٨١٦٤ - فإن قيل : يجوز أن يكون تصدق بأصلها

١٨١٦٥ - قلنا : لو كان كذلك زال ملكه ، [وكان] [١] لا يجوز ردها باتفاق .

١٨١٦٦ - ولأنها نوع صدقة فلا يلزم بمجرد [٢] قوله . أصله : إذا تصدق بها على معين .

١٨١٦٧ - ولأنه إزالة ملك إلى غير مالك فلا يلزم في غير الآدمي بمجرد قوله . أصله : إذا وقف على المكاتبين [٣] .

١٨١٦٨ - ولأن كل صدقة لا تلزمه إذا كانت على المكاتب ، وأم الولد لا تلزم [٤] إذا كانت على حر [٥] .

١٨١٦٩ - أصله : إذا قال تصدقت بداري على فلان أو على الفقراء ولم يجتمع مع لفظ الصدقة قرينة ولا نِيّة [٦] [لأن كل صدقة [٧]] لا تلزم بمجرد قوله تصدقت على فلان لم تلزمه وإن نوى [٨] .

١٨١٧٠ - أصله : إذا كانت على مكاتب . ولأن الملك لو زال في الوقف [٩] لم يستحق الواقف ثواب الصدقة بالغلة ؛ لأنها صدقة بغير [١٠] ملكه ، وفى علمنا أنه يستحق الثواب بالصدقة دلالة على بقاء ملكه في الأصل .

١٨١٧١ - ولا يلزم إذا أخرجه مخرج الوصايا ؛ لأنه [١١] باق على حكم ملكه . ولو لزمه دين بضمان درك أو وقوع في بئر كان حفرها بيع الوقف في ذلك ، ولأن الوقف لو تعلق بالرقبة على وجه الاستحقاق سرى إلى ما يتولد منها .

١٨١٧٢ - ألا ترى أنه لو تعلق بالرقبة لحَقِّ اللَّه سرى إلى ما يتولد منها ، كولد المبيع قبل القبض ؟ ومعلوم أن امتناع التمليك قد استقر عند مخالفنا في الأصل ، فكان يجب

---

(١) في (م) ، (ع) : [فكان] .
(٢) في (م) ، (ع) : [مجرد] .
(٣) في (م) ، (ع) : [الكاتبين] .
(٤) في (م) ، (ع) : [ولا يلزم] .
(٥) في (م) ، (ع) : [آخر وهو خطأ] .
(٦) في (ع) : [ولايته وهو خطأ] .
(٧) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٨) النية ليست شرطًا لصحة الوقف بل يصح بدونها ، وإنما فائدة النية فيه هو حصول الثواب إن تصدق على وجه القربة ، قال ابن نجيم : وأما الوصية فكالعتق ، إن قصد التقرب فله الثواب ، وإلا فهي صحيحة فقط ، وأما الوقف : فليس عبادة وضعًا بدليل صحته من الكافر فإن نوى القُربة فله الثواب وإلا فلا . راجع الأشباه والنظائر لابن نجيم صـ ٢٣ .
(٩) في (م) ، (ع) : [الوقت] وهو خطأ .
(١٠) في (م) ، (ع) : [تعين] وهو خطأ .
(١١) في (م) ، (ع) : [بأنها] وهو خطأ .

أن يمتنع تمليك الثمار كما امتنع من أصلها .

١٨١٧٣ - ولأن الوقف في حال الحياة يتضمن تمليك ما لم يخلق [لمن لم يخلق[1]] وهذا لا يصح في العقود الواقعة حال الحياة [2] .

١٨١٧٤ - ولا يلزم إذا أخرجه مخرج الوصايا ؛ لأن الوصية تصح بما لم يخلق ولمن لم يخلق [3] .

١٨١٧٥ - ولأنه إيجاب حق في الثمار والمنافع فلا يزيل الملك عن الرقاب ، كما لو أعارها [4] ، أو نذر الصدقة بثمارها أو كانت الثمار موجودة فتصدق بها .

١٨١٧٦ - فإن قيل : عندنا قد أوجب الحق في الرقبة .

١٨١٧٧ - قلنا : بل أوجب في الثمرة ؛ لأن الموقوف عليهم [5] لا منفعة لهم في العين [6] وإنما حبس العين لاستيفاء الحق في الثمرة .

١٨١٧٨ - فإن قيل : [هذا [7]] يبطل إذا حكم الحاكم . [قلنا : لم يزل الملك بإيجاب الحق في الثمرة ، وإنما زال بحكم الحاكم في [8]] موضع الاجتهاد .

١٨١٧٩ - فإن قيل : يبطل به إذا أخرجه مخرج الوصايا [9]

(١) ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) كعقد البيع والرهن وغيرهما .

(٣) الوصية وإن صحت بما لم يخلق لكنه يشترط وجوده عند موت الموصي إلا في ثمرة البستان . قال في البدائع : « وتصح الوصية بما في بطن جاريته أو دابته ، وبالصوف على ظهر غنمه ، وباللبن في ضرعها ، وثمرة بستانه وثمرة أشجاره وإن لم يكن شيء من ذلك موجودًا للحال . وأما وجوده عند موت الموصي فهل هو شرط بقاء الوصية على الصحة ؟ فأما في الثلث والعين المشار إليها فشرط حتى لو أوصى بثلث ماله ، وله مال عند إنشاء الوصية ، ثم هلك ثم مات الموصى بطلت الوصية فيما زاد على الثلث . وكذا الوصية بما في البطن والضرع وبما على الظهر من الصوف واللبن والولد حتى لو مات بطلت الوصية إذا لم يكن موجودًا وقت موته . وأما الوصية بالثمرة فليس بشرط استحسانا والقياس أن يكون شرطًا . البدائع (٣٥٤/٦) . وكذا فإن الموصى له يشترط أن يكون موجودًا ، قال في البدائع : وأما الذي يرجع إلى الموصى له فمنها : أن يكون موجودًا ، فإن لم يكن موجودًا لا تصح الوصية ؛ لأن الوصية لا تصح للمعدوم . البدائع (٣٣٦/٦) وعلى هذا فإن كلام المصنف هنا لا يسلم على إطلاقه .

(٤) في (م) ، (ع) : [أعادها] وهو خطأ .

(٥) في (م) ، (ع) : [الوقف عندهم] هو خطأ .

(٦) في (ن) : [المعين]

(٧) ساقطة من (م) ، (ع) [وهذا لا] والصواب ما أثبتناه .

(٨) ساقطة من (م) ، (ع) ؛ وهذا إحدى صورتين يلزم الوقف فيهما عند أبي حنيفة كما سبق .

(٩) معلوم أن الوقف يلزم عند أبي حنيفة إذا خرج مخرج الوصايا .

١٨١٨٠ - قلنا : إنما يزول الملك بالموت لا بإيجاب الحق في الثمرة [وإنما [1]] يبقى الأصل على حكم ملكه [2] كما لو أوصى بثمارها .

١٨١٨١ - احتجوا : بصدقة رسول الله ﷺ .

١٨١٨٢ - قلنا : لا دلالة فيها ؛ لأن المنافع [3] عندنا من الوقف حق الورثة ورسول الله ﷺ لم يورث [4] . فلما سقطت سهام المواريث من تركته صار حكمه حكم سائر الناس قبل نزول [5] آية الموارث [6] .

١٨١٨٣ - احتجوا : بما روى أن عمر بن الخطاب ﷺ أتى النبي ﷺ فقال : إني أصبت مالًا كثيرًا والله ما أصبت مالًا قط هو عندي أنفس منه ، فما تأمرني ؟ فقال النبي ﷺ : « إن شئت تصدقت بها وحبست أصلها . قال : فجعلها عمر ﷺ صدقة لا تباع [ولا توهب [7]] ولا تورث [8] .

١٨١٨٤ - الجواب : أن هذا يحتمل أن يكون [9] قبل نزول النساء [لأنها [10]]

---

(١) من (ن) ساقطة من غيرها . (٢) في (ص) ، (ن) : [ملكه استوفا الثمرة] .

(٣) في (م) ، (ع) : [المنافع] وهو خطأ .

(٤) في (م) ، (ع) : [مورث] وهو خطأ ويدل عليه ما روي عن أبي بكر الصديق ﷺ عن النبي ﷺ قال : « لا نورث ما تركناه صدقة » .

راجع نيل الأوطار (٧٦/٦) . (٥) في (م) ، (ع) : [زوال] وهو خطأ .

(٦) قال الشيرازي معترضًا على كون المانع من الوقف حق الورثة : « ولأنه - الوقف - جهة يملك بها اقتطاع الملك عن الورثة بعد موته بالوصية ، فوجب أن يملكها في حياته كالعتق . راجع النكت ورقة ١٨٣ . وآية المواريث هي قوله تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ فَإِن كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِن كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ آبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفْعًا فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴾ سورة النساء آية (١١) .

(٧) من (ن) وساقطة من غيرها .

(٨) الحديث متفق على صحته ، أخرجه البخاري باب الشروط في الوقف (٢٦٠/٣) ، وابن حجر في الفتح باب الوقف كيف يكتب (٣٩٩/٥) ، ومسلم باب الوقف بلفظ قريب ١٢٥٥/٣ رقم ٥ (١٦٣٢) ، وابن ماجه - باب الوقف (٨٠١/٢) رقم ٢٣٩٦ والدارقطني - باب كيف يكتب الحبس (١٨٩/٤) ، الترمذى - الوقف (٦٥٩/٣) رقم ١٣٧٥ والنسائي - الأحباس - كيف يكتب الحبس (٢٣٠/٦) رقم ٣٥٩٧ وأبو داود في المسند (١٢/٢) ، والشافعي في المسند صـ ٣٣٨ .

(٩) في (ن) : [يكون نزل] وهو خطأ . (١٠) ساقطة من (م) ، (ع)

مدنية (١) ، وقد كانت الوقوف لازمة قبلها كما تلزم الوصية بجميع المال ، ويحتمل أن تكون القصة بعد نزول النساء ؛ فوجب التوقف في الخبر حتى يعلم التاريخ .

١٨١٨٥ - فإن قيل : الوقف عندكم جائز ، ولازم إذا أخرجه مخرج الوصية ؛ فدل أن سورة النساء ما منعت الوقف .

١٨١٨٦ - قلنا : إنما يجوز عندنا وصية من الثلث ، وسورة النساء اقتضت ثبوت (٢) حق الورثة بعد الوصايا (٣) ، ثم هذا الخبر قد اختلفت ألفاظه ، فروى : « إن شئت حبست أصلها » ، وروي « إن شئت أمسكت أصلها » رواه ابن علية (٤) ، عن ابن عوف (٥) وإمساك أصلها » ، أصل الوقف عندهم ، لأن الوقف إذا صح خرج من ملكه فلم يكن ممسكًا . وقوله : « احبس أصلها » (٦) يحتمل (٧) احتفظ به ولا تزيل ملكك عنه ، ويحتمل الوقف ، فليس لهم الاحتجاج باللفظ المحتمل (٨) إلا ولغيرهم الرجوع إلى اللفظ الذي (٩) لا يحتمل .

١٨١٨٧ - وهذا كما قال [رسول الله (١٠)] ﷺ : « أمسكوا عليكم أموالكم لا تعمروها » (١١)

---

(١) اختلف العلماء في تعريف المكي والمدني من القرآن على أقوال أشهرها : أن المكي ما نزل قبل الهجرة ولو بغير مكة ، والمدني ما نزل بعدها ولو بغير المدينة . راجع الإتقان في علوم القرآن للسيوطي - تحقيق محمد أبو الفضل (٢٣/١) ط مكتبة دار التراث

(٢) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٣) وذلك لقوله تعالى : ﴿ .. مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ .. ﴾ الآية من الآية (١١) من سورة النساء .

(٤) إسماعيل بن إبراهيم بن مقسم الأسدي المعروف بابن علية . وهي أمه . روى عن حبيب بن الشهيد وحميد الطويل وداود بن أبي هند والثوري وابن عوف وغيرهم . وعنه روى الحسن بن عرفة وأحمد بن حنبل وابن راهويه وشعبة وغيرهم . قال شعبة : ابن علية سيد المحدثين وريحانة الفقهاء ، مات ببغداد سنة (١٩٣) هـ راجع التهذيب (٢٧٥/١) ، الجمع بين رجال الصحيحين صـ ١٦١ ، تقريب التهذيب (٦٥/١) ، خلاصة تهذيب الكمال صـ ٣٧ ، طبقات المفسرين (١٠٤/١) طبقات الحفاظ صـ ١٢٨ ، العبر (٣١٠/١) ، النجوم الزاهرة ٢ (/١٤٤) وغيرها .

(٥) سبقت ترجمته .

(٦) في (ن) : [حبس أصلها] .

(٧) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٨) في (م) ، (ع) : [المجمل] .

(٩) ساقطة من (م) ، (ع) .

(١٠) ساقطة من (ص) ، (ن)

(١١) الحديث يروى من طريق جابر . راجع صحيح مسلم - كتاب الهبات (١٢٤٦/٣) ، سنن أبي داود - كتاب البيوع والإجارات - باب في العمرى (٨١٧/٣) ، والنسائي - كتاب العمرى (٢٧٤/٦) رقم ٣٧٨٢ ، مسند أحمد (٢٩٣/٣) وانظر نصب الراية (١٢٧/٤) والعُمْرَى - ما يجعل لك طول عمرك أو عمره ، وعمرته إياه وأعمرته : جعلته له راجع القاموس المحيط - باب الراء فصل العين (٩٨/٢) .

ويكون معنى آخر [١] أنه أمره بالتمسك بالملك والصدقة بالثمرة [٢] أبدًا ، وهذا لا يكون إلا أن يوجب الصدقة حال حياته وشرط عدمه فيما بعد ذلك ، فيكون وصية على [ما قال] [٣] أبو حنيفة رحمه الله وقوله : لا تباع ولا توهب ؛ لأنه نذر أن يتصدق بثمرتها [٤] وقوله : حبست الأصل : معناه : أمسكته [لتمضى [٥]] ما أوجبته [٦] وهذا كمن نذر أن يتصدق بثمرته ، فإن الأصل محبوس حتى يفي نذره ، وإن كان لم يتصرف في الأصل . وإذا بطل الوصف انتقض بالوصية بالغلة [٧] والسكنى ؛ لأن [٨] ذلك يلزم [٩] بالوصية ، ولا يلزم بالإيجاب في حال الحياة [١٠] .

١٨١٨٨ - ولأن الوقف تصرف في منافع تستوفى من العين كالإجارة ؛ فيدخل معه الوصية بالسكنى [١١] .

١٨١٨٩ - وأما العبارة الثانية فقولهم : إزالة ملك [١٢] موضع الخلاف ، فإن أرادوا أنه قصد إزالة الملك ، وعقد على ذلك ، فهذا ليس بإزالة فى الحقيقة . ثم عندنا الوقف بعد الموت ليس بإزالة ملك ، بل يزول الملك بالموت ويقف العين على حكم ملك الميت [١٣]

---

(١) في (ن) : [أخير] .
(٢) ما بالنسخ [والثمرة] والصواب ما أثبتناه .
(٣) في (ع) : [ما قاله] ويقصد قول أبي حنيفة إلا أن يخرجه مخرج الوصايا .
(٤) في (م) ، (ع) : [بثمرته] .
(٥) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٦) في (م) ، (ع) : [أوصيته] .
(٧) في (م) ، (ع) : [فالغلة] وهو خطأ .
(٨) في (م) ، (ع) : [فإن] .
(٩) في (م) ، (ع) : [ولا يلزم] وهو خطأ .
(١٠) معنى هذا الكلام : أن الوصية تلزم بعد موت الموصي لا بقوله وهو حي ؛ لأنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت .

(١١) أجاز الأحناف الوصية بسكنى الدار استنادًا إلى دخولها تحت بعض العقود كالإجارة . قال في البدائع : وهو يدل على جواز الوصية بالغلة وبسكنى الدار دون الحادث من الولد وغيره ، و« إنما كان ذلك ؛ لأن الوصية إنما تجوز فيها يجرى فيه الإرث ، أو فيما يدخل تحت عقد من العقود في حال الحياة ، والحادث من الولد وأخواته لا يجرى فيه الإرث ولا يدخل تحت عقد من العقود فلا يدخل تحت الوصية ، بخلاف الغلة ، فإن له نظيرًا في العقود . وأما الوصية بثمرة البستان والشجر فلا شك أنها تقع على الموجود وقت موت الموصي والحادث بعد موته إن ذكر الأبد ؛ لأن اسم الثمرة يقع على الموجود والحادث بعد موته إن ذكر الأبد ؛ لأن اسم الثمرة يقع على الموجود ، والحادث منها يحتمل الدخول تحت بعض العقود وهو عقد المعاملة والوقف راجع البدائع (٣٥٤/٧) .

(١٢) سبق ذكر قول الشيرازي : « جهة يملك انقطاع الملك عن الورثة بعد موته ، فوجب أن يملك بها حال حياته كالعتق . النكت ورقة ١٨٣ .

(١٣) في (ص) ، (م) ، (ع) : [الموت] .

ولهذا تقضي منها ديونه إذا [حدثت] (١) بأسباب متقدمة للموت .

١٨١٩٠ – وأصله العتق . والمعنى فيه : أنه إتلاف الملك ، وإتلاف الملك يقع بمجرد القول ، كالطلاق والبراءة من الديون (٢) . فأما الوقف : فليس إتلاف وإنما هو تبرع بالملك مع بقاء المملوك (٣) فلا يلزم بمجرد القول كالهبة (٤) . يبين ذلك أن أحكام الأملاك غير باقية بعد العتق ، ولهذا لا يغصب (٥) ولا تؤثر شروط العتق فيه ، ولا يصح نقله من جهة إلى جهة كما لا يصح نفي الطلاق .

١٨١٩١ – وأما الوقف : فمعنى الأملاك لا يزول عنه بدلالة أن معير الوقف (٦) يضمنه متلفه بالقيمة ، ويصح غصبه ، وتؤثر شروط الوقف فيه ، وينتقل عن شروطه من جهة ، فيقول : وقفته على فلان مدة حياته ثم من بعده للفقراء ثم لوالده (٧) .

١٨١٩٢ – قالوا : إنما كان الوقف يلزم بعد الموت مع زوال ملك الواقف (٨) فلأن يلزمه في حال حياته مع بقاء ملكه أولى (٩) .

١٨١٩٣ – قلنا : يبطل بالوصية بالنفقة والسكنى ؛ فإنها لازمة ولو أوجب هذا الخبر في (١٠) حال حياته [لم يلزم (١١)] .

---

(١) « حدثت » بدل من « تحدث » في : (ص) ، (م) ، (ع) ، ومن « تحددت » في (ن) .

(٢) في (م) ، (ع) : [الذنوب] والصواب ما أثبتناه والمراد إبراء أصحاب الديون المدين من الدين .

(٣) ساقطة من (ص) ، (ن) : [الملك] .

(٤) قال الشيرازي مقررًا هذا الاعتراض ومجيبًا عليه : « فإن قيل : العتق إتلاف فصح فمجرد القول كالطلاق ، والوقف تبرع ، فلم يلزم بمجرد القول كالهبة . قلنا : إذا جاز أن يكون العتق إتلافًا ثم اعتبر فيه أن يكون المعتق من أهل التصرف ، جاز أن يعتبر فيه معنى ينضم إلى القول . راجع النكت ورقة ١٨٣ .

(٥) في (م) ، (ع) : [يغضب] .

(٦) كذا بالنسخ ، والمراد العبد الموقوف .

(٧) المشكلة في هذه المسألة طبقًا لما نص عليه الشيرازي أن مثل هذا الوقف يصح « مع أنه إن وقفها على الفقراء ثم لولده لما انتقلت إلى ولده أبدًا ؛ لأن الفقراء لاينقطعون ، وأولاده لا يستحقون إلا إن عدم الفقراء ، ولو وقف على ولده ثم على الفقراء من بعدهم لأمكن تصور حصول الانتقال ؛ لأن الولد قد ينقطع . وقد أجاب الشيرازي فقال : « قالوا : لو زال ملكه لما اعتبر شرطه كالعتق ، قلنا : بالبيع يزول ملكه ثم تعتبر شروطه من الخيار والبراءة من العيوب ، ثم يبطل إذا أوصى به ويخالف العتق ؛ فإنه يصير إلى جهة لا يعلم مصرفها ، فلم يحتج إلى شرطه ، والوقف يعلم مصرفه فاعتبر فيه شرطه » . النكت ورقة ١٨٣ .

(٨) في (م) ، (ع) : [الواقف] .

(٩) هو في معنى قول الشيرازي السابق « ولأنه جهة يملك بها اقتطاع الملك عن الورثة بعد موته بالوصية فوجب أن يملك بها في حال حياته كالعتق » النكت ورقة ١٨٣ .

(١٠) ساقطة من (م) ، (ع) .

(١١) ساقطة من (م) ، (ع) .

١٨١٩٤ - فإن قيل : يلزمه في حال الحياة إذا قبضه وليس الكلام في كيفية اللزوم .

١٨١٩٥ - قلنا : وكذلك الوقف يلزم المقصود به فى حال الحياة بإقباضه ، وهو الثمرة والمنفعة .

١٨١٩٦ - قالوا : تحبيس [1] أصل على وجه القربة ينتفع به مع بقاء عينه ، فصح أن يلزمه بغير حكم الحاكم . أصله : بناء المسجد ، وربما قالوا : حَبَسَ الأصل وَسبَّل المنفعة فوجب [2] أن لا يقف صحته على حكم حاكم .

١٨١٩٧ - أصله : إذا جعل أرضه مسجدًا .

١٨١٩٨ - قلنا : لا فرق بين المسجد والوقف عندنا ؛ لأن كل واحد منهما لا يزول الملك فيه بمجرد القول حتى ينضم إليه معنى ، فيعتبر في المسجد الصلاة فيه بإذن المالك ونعتبرها هنا حكم الحاكم ، أو إخراجه [3] على وجه الوصية . واختلاف المعنى الذي ينضم إلى [4] القول لا يمنع التساوي . كما أن الهبة والوصية كل واحد منهما لا يلزم بالقول حتى ينضم إليه معنى ، وإن كان المعنى مختلفًا فيعتبر في الهبة القبض ، وفي الوصية الموت .

١٨١٩٩ - ولأن المسجد يتلف الملك فيه إذا تم ، بدلالة أن شرط الثاني [5] لا يؤثر في حكمه ؛ لأنه [لو [6]] جعل المسجد لطائفة من الناس ، ومن بعدهم لطائفة [7] أخرى كان لجميع الناس ، كما أن المعتق إذا شرط في العتق شرطًا لم [8] يؤثر شرطه ، فلذلك زال الملك في كل واحد إلى غير مالك .

١٨٢٠٠ - ولما كان الوقف حكم الملك فيه حالٌ ، ولهذا ينتقل شرطه من جهة إلى جهة [9] لم يزل الملك إلى غير مالك بان الفرق بينهما أن المسجد يصح بقوله جعلته مسجدًا ، والوقف لا يصح بقوله حبسته ولا وقفته حتى يذكر السبيل [10] ويبينها . وما

---

(١) « تحبيس » بدل من « يحبس » في النسخ جميعها .

(٢) في (ن) : [فوقف] بدل مما جاء في سائر النسخ « فوجب » .

(٣) في (ن) : [أو أخرجه] وفي (م) ، (ع) : [وإخراجه] .

(٤) في (م) ، (ع) : [إليه] .

(٥) في (ع) : [شرطًا لثاني] وفى (م) : [شرط الثاني لأنه]

(٦) ساقطة من (ص) .

(٧) في (ص) ، (ن) : [لطائفة] .

(٨) في (م) ، (ع) : [ولم] وسبق نص الشيرازي وفيه الرد على عدم اعتبار الشرط في العتق واعتباره في الوقف أن جهة الوقف التي يصرف إليها معرفة خلافًا للعتق .

(٩) ساقطة من (م) ، (ع) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [السبل] .

أوجبه في الوقف يصح مع بقاء الأصل على ملكه وهو الصدقة بالثمار والغلة .

١٨٢٠١ - ولا يصح أن يكون مسجد مع بقاء ملكه ، ولو فعل ذلك لم يصح ، فدل أن / المسجد من قبل العتق وأن الوقف مخالف له . ب

١٨٢٠٢ - قالوا : إزالة ملك عن الرقبة على وجه لا يتصرف فيها ، فوجب أن لا تقف صحته ولزومه على حكم حاكم . أصله : العتق .

١٨٢٠٣ - وربما قالوا : إزالة ملك لا إلى مالك .

١٨٢٠٤ - قلنا : هذا ينتقض بمن وقف على نفسه ثم على الفقراء ، وكمن قال : جعلت داري صدقة موقوفة ، إن حكم بذلك حاكم صح وزال الملك ؛ لأنه [1] مذهب أبي يوسف [2] . وإن لم يحكم به لم يزل الملك عندنا وعندهم المعنى في العتق ما قدمنا .

١٨٢٠٥ - قالوا : جهة من جهات الملك ، فوجب أن لا يفتقر لزومها إلى حكم حاكم كصدقة التطوع .

١٨٢٠٦ - قلنا : الوقف لا يتملك وإنما يزول ملك الموقوف لا إلى مالك ، ويمتلك الرقبة والغلة ولزوم التملك في ذلك لا يفتقر إلى الحكم ، وإنما يملك بالقبض ، فأما صدقة التطوع فهي دليلنا ؛ لأنها تبرع من غير إتلاف ، فلم يلزم بمجرد القول [3] كذلك الوقف يجب أن يكون مثله .

١٨٢٠٧ - قالوا : أجزتم المسجد وأزلتم الملك إذا صلى فيه . ولم يصرح بلفظ التحبيس [4] فيه وأبطلتم الوقف [وقد صرح بالتحبيس . قلنا : كما أجزتم العتق ولم يذكر فيه التأبيد وأبطلتهم الوقف [5]] على نفسه ثم على الفقراء وإن صرح فيه بالتأبيد .

١٨٢٠٨ - قالوا : إذا زال الملك في المسجد بفعل الصلاة فلم لا يزول بالقبض ؟ .

١٨٢٠٩ - قلنا : لأن القابض في الوقف هو الولي ، وهو قائم مقام الواقف فيده كيده ، والمصلي في المسجد يفعل الصلاة لله تعالى ، والملك في المسجد يزول لحقه ؛ فصار كقبض وكيل المتصدق عليه .

---

(١) في (م) ، (ع) : [لأن] .

(٢) إذا وقف على نفسه ثم على جهات من بعده مسألة خلافية ستأتي فيما بعد .

(٣) في (م) ، (ع) : [مجرد القبول] هو خطأ .

(٤) في (م) ، (ع) : [الحبسى] .

(٥) ساقط من (م) ، (ع) .

الملك في الموقوف

١٨٢١٠ - قال أصحابنا : إذا صح [١] الوقف زال الملك لا إلى مالك [٢]

١٨٢١١ - وقال الشافعي : يزول الملك [٣] في الصحيح من المذهب [٤] ومن قال لا يزول ملك الموقف فغلط ، وإنما ذاك [٥] قول مالك [٦]

١٨٢١٢ - واختلف قول الشافعي إلى من يزول الملك ، فقال في هذا الكتاب [٧] : يزول إلى الله تعالى كالعتق .

١٨٢١٣ - وقال في الشهادات : يثبت الوقف [بشاهدين أو] بشاهد [٨] ويمين ،

---

(١) بياض في (ن) .

(٢) بعد أن اختلف الفقهاء فيما يلزم به الوقف ، اختلفوا فيما إذا لزم لمن يكون الملك في الموقوف ، فعند الأحناف : يخرج من ملك الواقف ، وهو الصحيح من مذهب الشافعية والحنابلة ، ثم اختلفوا في الجهة التي ينتقل إليها الوقف ، فعند الأحناف يخرج لا إلى مالك فيصير على حكم ملك الله تعالى ، وهو ما قال به الشافعية في أحد القولين . ولهم قول ثان بأنه يخرج إلى ملك الموقوف عليهم ، وهو ما يحاول المصنف رده في هذه المسألة . ومذهب الحنابلة كالشافعية . راجع للأحناف . اللباب (١٨١/٢) ، البدائع (٢٢٠/٦) ، حاشية ابن عابدين (٣٣٧/٤) ، وللشافعية والحنابلة المراجع المذكورة فيما بعد .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٤) وبه قال الحنابلة أيضًا كما سبق . راجع المهذب (٥٧٨/١) ، المغني (٦٠١/٥) .

(٥) بالنسخ [زال] وهو خطأ والصحيح ما أثبتناه « ذاك » .

(٦) أي أن القول بعدم زوال الملك عن الوقف هو قول مالك وليس الشافعي ، جاء في التاج والإكليل المختصر : صرح الباجي ببقاء ملك المحبس على حبسه ، وهو لازم تزكية الأحباس على ملك محبسها ، فقول اللخمي الحبس يسقط ملك المحبس غلط . التاج الأكليل (٤٥/٦) ط بهامش مواهب الجليل مكتبة النجاح بليبيا ، وفي مواهب الجليل قال شارحًا للنص السابق : الملك للواقف ظاهره حتى في المساجد ، ونقل القرافي الإجماع على أن المساجد ارتفع عنها الملك ، وهو خلاف ما حكاه في أول الحبس من النوادر أن المساجد باقية أيضًا على ملك محبسها » . راجع مواهب الجليل (٤٥/٦) . ومع أن المالكية يرون عدم زوال الملك في الموقف حتى في المساجد ، إلا أنهم يرون أن وقف المسجد إذا خرب لا يعود إلى واقفه ؛ لأن الوقف المؤبد عندهم لا يعود فيه الملك إلى صاحبه مرة أخرى . وسوف تأتي المسألة .

(٧) أي كتاب الوقف .

(٨) في (م) ، (ع) : [بشاهدين] وفي غيرهما « بشاهد ويمين » وقد اخترنا الجمع بين « الشاهدين » والشاهد واليمين في العبارة .

فمن أصحابه من قال : هذا يدل على أنه يملك الموقف عليه حتى يتبين [١] قيمته ، ومنهم من قال : هو لله ، وثبت بالشاهد واليمين [٢] . وعلى قول من يزعم أنه ينتقل الملك [٣] إلى الموقف عليه هل تجب الزكاة إذا وقف إبلًا سائمة [٤] فيه وجهان :

١٨٢١٤ - أحدهما : تجب الزكاة إذا كان الوقف [٥] على صغير ، والآخر : لا تجب لنقصان ملكه ؛ لأنه لا يورث [٦] .

١٨٢١٥ - لنا : أنه سبب لا يملك به [٧] بيع عين بحال فلا يملك به [العين] [٨] . أصله : الوصية بالمنافع ، ولأنه [٩] أحد نوعي الوقف فلا ينتقل الملك فيه إلى غير الله [تعالى [١٠]] كالمسجد .

١٨٢١٦ - ولأن كل من لا ينتقل إليه ملك المسجد لا ينتقل إليه ما وقف عليه ، كالمكاتب .

١٨٢١٧ - ولأنه لو انتقل إلى الموقف عليه لم يجز أن يتوقت [١١] ملكه كسائر

---

(١) في (ص) ، (ن) : [ليبينه]

(٢) قال في المهذب : « واختلف أصحابنا في الوقف ، فقال أبو إسحاق : وعامة أصحابنا ينبى على القولين . فإن قلنا : الملك للموقوف عليه ، قضى فيه بالشاهد واليمين ؛ لأنه نقل ملك فقضى فيه بالشاهد واليمين كالبيع ، وإن قلنا : إنه ينتقل إلى الله ﷻ ، لم يقض فيه بالشاهد واليمين ؛ لأنه إزالة ملك إلى غير الآدمي ، فلم يقض فيه بالشاهد واليمين كالعتق ، وقال أبو العباس ﵀ : يقضي فيه بالشاهد واليمين على القولين جميعًا ؛ لأن القصد بالوقف تمليك المنفعة ، فقضى فيه بالشاهد واليمين كالإجارة » راجع المهذب (٤٢٧/٢) .

(٣) ساقطة من (ص) ، (ن) .

(٤) السائمة . الإبل الراعية ، والمراد التي ترعى الكلأ المباح من غير كلفة ، والسوم شرط لوجوب الزكاة في الأنعام عند الجمهور خلافًا للإمام مالك والليث ، فلا يشترطان السوم لوجوب الزكاة . راجع القاموس المحيط باب الميم فصل السين (١٣٥/٤) ، اللباب (١٤١/١) ، بداية المجتهد (١٨٣/١) ، المهذب (١٩٤/١) ، المغني (٥٧٧/٢) .

(٥) في (م) ، (ع) : [الوقف] وهو خطأ .

(٦) قال في المهذب : « لا تجب - أي الزكاة - فيما لا يملكه ملكًا تامًا ، كالمال الذي في يد مكاتبه ؛ لأنه لا يملك التصرف فيه ، فهو كمال الأجنبي . وأما الماشية الموقوفة عليه فإنه ينبى على أن الملك في الموقوف إلى من ينتقل ؟ وفيه قولان : أحدهما : إلى الله ﷻ فلا تجب زكاته . والثاني : ينتقل إلى الموقوف عليه . وفي زكاته وجهان : أحدهما : تجب عليه ؛ لأنه يملكه ملكًا تامًا مستقرًا فأشبه غير الوقف . والثاني : لا تجب لأنه ملك ضعيف ، بدليل أنه لا يملك التصرف في رقبته ، فلم تجب الزكاة فيه كالمكاتب وما في يده - أي في يد المكاتب - راجع المهذب (١٩٣/١) .

(٧) في (ن) ، (م) ، (ع) : [وبه] .

(٨) بدل مما جاء في النسخ بلفظ : « عتق له » .

(٩) أي وقف ما دون المسجد.

(١٠) ساقطة من (ن) .

(١١) في (ن) ، (م) ، (ع) : [يتوقف] وهو خطأ ، والمراد لم يجزأن يكون الوقف إلى وقت معين ، بل =

الأملاك . وفي علمنا أنه يصح أن يوقف عليه سنة ومن بعده على غيره [١] دليل أن الملك لا ينتقل ، ولو انتقل الملك لم ينتقل عن الموقف [٢] عليه بشرط [٣] المالك الأول ، كسائر الأملاك .

١٨٢١٨ - احتجوا : بأنه سبب إذا طرأ على الملك لم يخرجه من حكم المالية [٤] فوجب أن تكون له مالك يملكه كالبيع وعكسه العتق ، ولأن كل ما ضمن بالقيمة كان له مالك كأم الولد [٥] .

١٨٢١٩ - قلنا : هذا [٦] يبطل بستارة الكعبة [وآلة المسجد] [٧] .

* * *

= يكون مؤبدًا على تسليم ما سبق .

(١) في (م) ، (ع) : [غيرها] وهو خطأ لأن الضمير عائد على الموقوف عليه الأول .

(٢) في (ن) : [الموقف] وهو خطأ

(٣) قال في اللباب : « وإذا صح الموقف على اختلافهم المار في صحته - بالقول أو بغيره خرج الوقف من ملك الواقف وصار حبيسًا على حكم ملك الله تعالى ولم يدخل في ملك الموقف عليه ؛ لأنه لو ملكه لما انتقل عنه بشرط الواقف كسائر أملاكه ، مع أنه ينتقل بالإجماع » . راجع اللباب (١٨١/٢) .

(٤) في (م) ، (ع) : [عن المالكية] وهو خطأ .

(٥) قال ابن قدامة : « لنا أن سببًا يزيل ملك الواقف وجد إلى من يصح تمليكه على وجه لم يخرج المال عن ماليته ، فوجب أن ينتقل الملك إليه كالبهيمة والبيع ، ولأنه لو كان تمليك المنفعة المجردة لم يلزم كالعارية والسكنى ولم يزل ملك الواقف عنه كالعارية ، ويفارق العتق ؛ فإنه إخراج عن المالية وامتناع التصرف في الرقبة لا يمنع الملك كأم الولد . راجع المغني (٦٠٢/٥) .

(٦) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٧) ساقطة من (ن) .

مسألة ٩١١

ما يلزم به الوقف

١٨٢٢٠ – قال محمد : لا يلزم الوقف في حال الحياة إلا بالقبض ، وهو قول ابن أبي ليلى .

١٨٢٢١ – وقال أبو يوسف : يلزم بمجرد القول [١] ، وبه قال الشافعي [٢] . لمحمد : أنه تبرع إتلاف فوقف لزومه على القبض كالهبة .

١٨٢٢٢ – ولأنه تبرع بالثمرة على أن [٣] توجد [٤] في الثاني [٥] ولو تبرع بثمرة موجودة لم يلزمه من غير قبض ، فالمعدوم [٦] أولى .

١٨٢٢٣ – احتجوا : بقوله ﷺ احبس [٧] أصلها ، وتصدق بغلتها .

١٨٢٢٤ – قلنا : هذا يدل على الجواز ، فأما اللزوم [٨] فلا ، ولا يقال : إنه سأل النبي ﷺ عما تصح به القربة .

١٨٢٢٥ – لأن القربة تصح بالقول ، ولم يسأل النبي ﷺ عن لزومها .

١٨٢٢٦ – قالوا : عمر بن الخطاب ﷺ ولي صدقته إلى أن مات ، وولي علي ابن أبي طالب صدقته إلى أن مات ، وقالوا في وقفهم : لا تباع ولا تورث [٩]

---

(١) سبقت الإشارة في المسألة الأولى إلى أن الفقهاء يحملون قول أبي حنيفة بعدم زوال الملك عن الوقف بالقول على عدم الصحة ، ومن هنا فإن المصنف تكلم هنا عن لزوم الوقف حال الحياة عند محمد وأبي يوسف ، هل هو بالقول أو بالقبض ؟ وترك الحديث عن رأي أبي حنيفة ، والوقف يلزم عند أبي حنيفة أيضًا في حال الحياة في صورة من صور الوقف عنده ، وهى التي حكم فيها القاضي بلزوم الوقف ؛ فقد سبق القول بأن الوقف يلزم عنده في حالتين : الأولى : ما إذا حكم به حاكم ، والثانية : إذا أخرج مخرج الوصايا . وإن هذا ، فالفارق بين رأي الإمام وبين رأي محمد أنه عند محمد يلزم بالقبض ، وإن لم يحكم به حاكم ، أما عند أبي حنيفة فإنما يلزم بالقبض شريطة أن يحكم حاكم بلزومه . وعند أبي يوسف يلزم بالقول فقط وإن لم يقبض . راجع البدائع (٢١٨/٦ ، ٢١٩) ، حاشية ابن عابدين (٣٣٨/٤) ، تبيين الحقائق (٣٢٥/٣) ، اللباب (١٨٠/٢) .

(٢) وهو مذهب المالكية أيضًا . وللحنابلة روايتان إحداهما : توافق رأي محمد . والأخرى : توافق الجمهور . راجع المهذب (٥٧٧/١) ، الأم (٢١٨/٣) ، حاشية الدسوقي (٧٥/٢) ، المغني (٥ / ٦٠٠) .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [موحد] .

(٥) كذا بالنسخ ولعلها [النائي] والمراد على أن توجد في المستقبل .

(٦) في (م) ، (ع) : [كالمعدوم] .

(٧) في (ن) : [حبس] وقد سبق تخريج الحديث .

(٨) الفرق بين الجواز واللزوم : هو أن الجائز يصح الرجوع عنه ، خلافًا للازم .

(٩) راجع سنن البيهقي (١٩١/٦) وانظر الأم (٢٧٥/٣ – ٢٨١) والنكت ورقة ١٨٣ ، مختصر خلافيات البيهقي ورقة٢٢٤ .

١٨٢٢٧ – قلنا : هذه الوقوف كانت جائزة ، وقولهم : لا تباع وتورث ؛ لأنهم أوجبوها [على هذا الوجه [1]] وقصدوا القربة ؛ حتى لا تباع ، والكلام أن هذا القصد هل يرجع عنه أم لا ؟ .

١٨٢٢٨ – على أنه قد روي أن [2] عمر بن الخطاب ﷺ ولى صدقته حفصة [3] .

١٨٢٢٩ – قالوا : سبب يزيل الملك عن الرقبة ، فإذا لم يكن المقصود التمليك [4] لم يفتقر إلى القبض كالعتق [5] .

١٨٢٣٠ – قلنا : العتق إتلاف الرق ، والإتلاف لا يتصور فيه القبض ، والوقف إيجاب للحق في مملوك ؛ فيجب [6] أن يقف على القبض .

١٨٢٣١ – قالوا : عقد المقصود منه تمليك المنفعة ، فلم يفتقر إلى القبض [7] كالإجارة .

١٨٢٣٢ – قلنا : قد يقصد بالوقف تمليك الأعيان وقد يقصد به المنافع ، فهذا التخصيص لا معنى له ، ثم الإجارة موضوعة للمعاوضة ؛ فلزومها لا يقف على القبض ، والوقف تبرع في الحياة من غير إتلاف ؛ فلذلك جاز أن يقف على القبض .

١٨٢٣٣ – قالوا : القبول آكد من القبض ؛ لأنه شرط في جميع العقود ، فإذا لم يعتبر القبول في الوقف فالقبض أولى .

١٨٢٣٤ – قلنا : القبض في التبرع أقوى [8] بدلالة أن اللزوم يقع به ، ولا يقع بالقبول .

١٨٢٣٥ – قالوا : لو [9] افتقر الوقف إلى القبض وقف على قبض الموقوف [10] عليه كالهبة [11] .

١٨٢٣٦ – قلنا : يبطل بالرهن ، فإنه يقف على القبض ولا يفتقر فيه إلى [12] قبض المرتهن .

---

(١) ساقط من (م) ، (ع) . (٢) ساقطة من (ن) .

(٣) أم المؤمنين حفصة بنت عمر بن الخطاب زوج النبي ﷺ ، كانت من المهاجرات ، وكانت قبل رسول الله – ﷺ – تحت خنيس بن حذافة بن قيس ، فلما تأيمت ذكرها عمر لأبي بكر وعرضها عليه ، فلم يرجع إليه أبو بكر بكلمة ، فغضب عمر ، ثم عرضها على عثمان حين ماتت رقية بنت رسول الله ﷺ ، فقال عثمان : ما أريد أن أتزوج اليوم . فانطلق عمر إلى رسول الله ﷺ فشكا إليه عثمان وأخبره بعرضه حفصة عليه ، فقال رسول الله : « يتزوج حفصة من هو خير من عثمان ، ويتزوج عثمان من هي خير من حفصة » وتزوجها ﷺ سنة (٣ هـ) وقيل : سنة (٢ هـ) وتوفيت في جمادى الأولى سنة (٤١ هـ) في بعض الأقوال . راجع الاستيعاب (١٨١١/٤) ، شذرات الذهب (١٠/١ ، ١٦) وانظر الرواية المشار إليها في سنن البيهقي (١٦١/٦ ، ١٦٢) .

(٤) في (ن) : [تمليك] وفي غيرها : « تمليكًا » . (٥) راجع المغني لابن قدامة (٦٠٠/٥) .

(٦) في (ن) : [فيجوز] وهو خطأ . (٧) في (ن) : [قبض] .

(٨) في (م) ، (ع) : [في الشرع أولى] . (٩) في (م) ، (ع) : [إذا] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [الوقف] وهو خطأ .

(١١) راجع أدلتهم في المسألة في الأم (٢٧٥/٣ – ٢٨١) ، النكت ورقة ١٨٣ .

(١٢) ساقطة من (ن) .

مسألة ٩١٣

ما يجرى فيه الوقف

١٨٢٣٧ - قال أبو حنيفة : لا يلزم وقف المنقولات [١] وإن أخرجه مَخْرَجَ الوصايا ، هكذا قال شيوخنا [٢] ولم يتعرضوا للزوم وقفها بالحكم [٣]

١٨٢٣٨ - وقال الشافعي : ما يبقى [٤] . أصله : إذا أمكن الانتفاع به مع بقاء عينه وجاز بيعه جاز وقفه [٥] .

١٨٢٣٩ - وهل [٦] يجوز وقف الدراهم ؟ . فيه وجهان مرتبان على إجارتها [٧] . لنا : حديث ابن عباس ﵄ قال لما : نزلت سورة النساء قال رسول الله ﷺ : « لا حبس عن فرائض الله » [٨] .

١٨٢٤٠ - ولأنه مما ينقل ويحول أو لا يبقى على وجه الدهر ، فلم يصح وقفه كالطبيب [٩] .

---

(١) هذا مذهب أبي حنيفة ومذهب محمد وأبي يوسف جواز وقف المنقول إذا كان تابعًا للعقار . كما أجاز محمد الوقف في بعض المنقولات التي جرى فيها العرف منفردة ، وإنما لم يجز وقف المنقول مطلقًا عند الإمام ومنفردًا عند أبي يوسف ؛ لأن من شرط الوقف أن يكون مؤبدًا عند الأحناف ، وهذا يستلزم كون الموقف مما يبقى ولا يستهلك بالاستعمال ، وهذا لا يتحقق في المنقول ؛ لأن من شأنه الهلاك وعدم البقاء . راجع اللباب (١٨٢/٢) ، البدائع (٢٢٠/٦) ، حاشية ابن عابدين (٣٦١/٤) والهداية مع الكفاية وشرح فتح القدير (٤٢٩/٥ - ٤٣٠) .

(٢) المراد بالشيوخ من لم يدرك أبا حنيفة . راجع حاشية ابن عابدين (٤٩٥/٤) .

(٣) أي إذا حكم الحاكم بلزوم الوقف في المنقول ، ومن المعلوم أن حكم الحاكم في العقار يجعله لازمًا ، وربما سكتوا عن بيان حكم الوقف في المنقول إذا حكم به الحاكم اقتصارًا على بيان حكم إحدى الصورتين وهو إخراجه مخرج الوصايا ، فيكون حكم الثانية مماثلًا ، ولا يلزم فيها ؛ لأنه لا فرق بينهما في العقار ، فكذا في المنقول .

(٤) أي يجوز وقف ما يبقى من المنقولات ، مما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه .

(٥) بقول الشافعي قال المالكية والحنابلة . راجع مغني المحتاج (٣٧٧/٢) ، المهذب (٥٧٥/١) ، النكت ورقة ١٨٣ ، حاشية الدسوقي (٧٧/٤) ، مواهب الجليل (٢١/٦) ، المغني (٦٤٢/٥)

(٦) في (م) ، (ع) : [وهذا] هو خطأ .

(٧) راجع المهذب (٥٧٥/١) وقد سبق الحديث عن حكم إجارة الدراهم والدنانير .

(٨) سبق تخريج الحديث

(٩) قال الشيرازي مجيبًا : « قالوا : منقول لا يبقى على وجه الدهر فهو كالطبيب . قلنا : ذاك لا يصح فيه =

١٨٢٤١ - ولأن كل ما لو أوقفه [١] على مكاتب لم يلزم فإذا أوقفه [٢] على حر لم يلزمه كالطعام [٣] . ولأنه صدقة لا [٤] تلزمه في الطعام فلا [٥] تلزم في الثياب [٦]

١٨٢٤٢ - أصله : إذا قال : تصدقت على [بني [٧]] فلان ولم يبق الوقف . ولا يلزم إذا حكم الحاكم ؛ لأنا لا نعرف المذهب فيه .

١٨٢٤٣ - فإن قلنا : يلزم في المنقولات

١٨٢٤٤ - قلنا : بمثله في الطعام إذا حكم بوقفه على مذهب مالك [٨] .

١٨٢٤٥ - ولأن ما لا يبقى على وجه الدهر [٩] وقفه مؤقت بمدة بقائه ولو [١٠] صرح بالتوقيت في الوقف لم يصح كذلك إذا وقت قطعًا [١١] .

= معنى الوقف ؛ لأنه لا يمكن الانتفاع به مع حبس العين وهذا خلافه » . راجع النكت ورقة ١٨٣ .

(١) في (م) ، (ع) : [وقفه] . (٢) في (م) ، (ع) : [وقفه] .

(٣) هذا التعليل الذي جاء به المصنف يظهر لنا أنه لا يرى القول بجواز وقف المنقول ؛ لأن المانع من صحة الوقف على المكاتب أن ملك المكاتب غير مستقر فلا يوقف عليه . وسواء في ذلك أكان الموقوف عقارًا أو منقولاً ، وليس لنوع الموقف دخل ، ولذا قال ابن قدامة : « لا يصح الوقف على المكاتب وإن كان يملك ، لأن ملكه غير مستقر » راجع المغني (٦٤٦/٥) . ثم إن المانع في وقف الطعام أنه لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاك عينه ، وهذا ينافيَ حقيقة الوقف التي هي حبس العين وتسبيل المنفعة » خلافًا لغيره من المنقولات ، فقد يمكن الانتفاع ببعضها من غير استهلاك عينيها . (٤ ، ٥) في (م) ، (ع) : [لا] .

(٦) القاعدة عند الفقهاء : أن ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه جاز بيعه وجاز وقفه ، ولذا قال ابن قدامة : « وجملته أن ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالدنانير والدراهم والمطعوم والمشروب والشمع وأشباهه لا يصح وقفه في قول عامة الفقهاء وأهل العلم . إلا شيئًا يحكى عن مالك والأوزعي في وقف الطعام أنه يجوز » راجع المغني (٦٤٠/٥) . (٧) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٨) ما نسب إلى الإمام مالك من جواز وقف الطعام فيه تردد عند المالكية ، والصحيح عدمه ؛ لأنه ينافي حقيقة الوقف التي هي حبس العين وتسبيل المنفعة ، والمحققون في المذهب المالكي يرون أن ما ورد في جواز غير صحيح . قال في الشرح الكبير : « والمراد وقفه للسلف وينزل رد بدله منزلة بقاء عينه ، وأما إن وقف مع بقاء عينه فلا يجوز اتفاقًا ؛ إذ لا منفعة شرعية تترتب على ذلك » وفسر الحطاب هذه العبارة الأخيرة بقوله : « إن فرضت المسألة فيما إذا قصد بوقف الطعام ونحوه بقاء عينه ، فليس إلا المنع . لأنه تحجير من غير منفعة تعود على أحد ، وذلك مما يؤدي إلى فساد الطعام المؤدي إلى إضاعة المال » .راجع حاشية الشرقاوي (٧٧/٤) ، مواهب الجليل (٢٢/٦) .

(٩) في (م) ، (ع) : [الأرض] . (١٠) في (ن) : [فلو] .

(١١) قال الشيرازي : قالوا : ما لا يبقى وقفه مؤقت فصار كما لو صرح فيه بالتوقيت ، قلنا : ما لا يصح تمليكه بالبيع مؤقت ، ثم لا يصير كما لو صرح فيه بالتوقيت . راجع النكت ورقة ١٨٣ .

١٨٢٤٦ - احتجوا : بما روي أن النبي ﷺ بعث عمر ﷺ على الصدقات ، فشكا من خالد [(١)] وابن جميل [(٢)] والعباس [(٣)]

١٨٢٤٧ - فقال النبي ﷺ : « أما خالد فقد ظلمتموه ؛ فإنه حبس [أدراعه] [(٤)] وأعتده في سبيل الله » وروي وأعبده [(٥)] .

١٨٢٤٨ - الجواب : أنه حبسها بمعنى جعلها للاستعمال في سبيل الله ، ولم يعدها للتجارة فلم تجب عليه زكاة ، ألا ترى أنه أضافها إليه ، وهذا يدل أنها على ملكه ؟ ولو كان الوقف لزم فيها لم تكن على ملكه .

١٨٢٤٩ - قالوا : روى : أن [(٦)] أم معقل [(٧)] أتت النبي ﷺ فقالت :

[يا رسول الله [(٨)]] إن أبا معقل جعل بعيرًا له في سبيل الله ، وإني أريد الحج ، أفأركبه ؟ فقال ﷺ : « أركبيه ؛ فإن الحج في سبيل الله » [(٩)] .

---

(١) سيف الله المسلول خالد بن الوليد بن المغيرة بن عبد الله المخزومي القرشي أبو سليمان ، وقيل : أبو الوليد ، أمّره رسول الله على الجند وأبو بكر من بعده فقتل أكثر أهل الردة ، توفي بحمص ، وقيل بالمدينة سنة (٢١ هـ) وقيل : سنة (٢٢ هـ) راجع الاستيعاب (٤٢٩/٢) ، الإصابة (٢٥١/٢) ، التهذيب (١٢٤/٣) ، أسد الغابة (١٠٩/٢) وغيرها .

(٢) قيل : اسمه عبد الله ، وقيل : مجهول . كان منافقا ثم تاب بعد ذلك . راجع الإصابة (١٢٨/١ ، ٤٤/٤) ، أسد الغابة (٣٣٦/٦) .

(٣) العباس بن عبد المطلب بن هشام بن عبد مناف عم رسول الله ﷺ ، كان أسن منه بسنتين ، أسلم قبل فتح خيبر . وكان يسر إسلامه ثم أظهره يوم فتح مكة ، توفي بالمدينة في رجب سنة (٣٢ هـ) راجع الاستيعاب (٨١٠/٢) ، التهذيب (١٢٢/٥) ، الإصابة (٦٣١/٣) ، شذرات الذهب (٣٨/١) وغيرها .

(٤) بالنسخ « أدرعه » وما أثبتناه من كتب الحديث المذكورة بعد .

(٥) راجع صحيح البخاري - كتاب الزكاة (١٥١/٢) ، مسلم كتاب الزكاة - باب تقديم الزكاة ومنعها (٦٧٦/٢) رقم ٩٨٣ ، ومسند أحمد (٣٢٢/٢) ، السنن الكبرى للبيهقي باب الحبس في الرقيق والماشية والدابة (١٦٣/٦) وانظر تلخيص الحبير (٦٨/٣) - كتاب الوقف .

(٦) في (م) ، (ع) : [عن] .

(٧) أم معقل الأسدية زوج أبي معقل ، ويقال : إنها أشجعية ويقال : أنصارية روى حديثها أصحاب السنن الثلاثة . قتل زوجها سنة (٦٣ هـ) في موقعة الحرة ، ولم تذكر كتب التراجم سنة وفاتها . راجع أسد الغابة (٢٩٨/٧) ، الإصابة (٣٠٩/٨) ، الاستيعاب (١٩٦٢/٤) ، التهذيب (٤٨٠/١٢) ، التقريب (٦٥٢/٢) ولأبي معقل ترجمة في أسد الغابة (٢٩٤/٦) ، شذرات الذهب (٧٠/١) .

(٨) ساقط من (ن) .

(٩) هذا هو معنى الحديث ولفظه الذي في السنن : « فهلا خرجت عليه ، فإن الحج في سبيل الله » وفي =

١٨٢٥٠ - قلنا : هذا يدل على أنه أعده [١] للقربة ، فأما زوال ملكه فليس في الخبر . يبين [٢] ذلك : أنه جعل ناقته يحج عليها وغيره أقروا عليها . فقالت له : لو أعطيتني البعير ، فقال : « أما علمت أني جعلته في سبيل اللّه » فقالت : « إن الحج في سبيل اللّه » وسألت النبي ﷺ فقال : « لو أعطيتها لكانت وكنت في سبيل اللّه » فأضاف البعير إليه ، وأوقف النبي ﷺ الانتفاع به [٣] على إذنه ، وهذا يدل على أنه على ملكه . وقال : لو أعطيتها لكانت وكنت في سبيل اللّه [٤] .

١٨٢٥١ - وهذا يدل على استحقاقه الثواب بإعطائها في غير ما جعله ، وهذا لا يكون إلا والبعير على ملكه .

١٨٢٥٢ - قالوا : عين تبقى ينتفع بها مع بقاء عينها ، فإذا جاز بيعها جاز وقفها ، كالعقار والشجر [٥] .

١٨٢٥٣ - قلنا : المعنى في العقار أنه يبقى على وجه الدهر فلم يتوقف وقفه ، وليس كذلك المنقولات فإنها يتوقف وقفها ، وأما الشجر : فإنه [٦] يدخل في الوقف تابع للأرض ، وقد يتبع في العقود ما لا يجوز العقد [٧] عليه .

١٨٢٥٤ - قالوا : روي عن علي وابن مسعود [٨] ﷺ أنهما قالا : لا حبس إلا في

= بعضها زيادة : « أما إذا فاتتك هذه الحجة معنا فاعتمري في رمضان فإنها كحجة » . راجع سنن أبي داود - كتاب المناسك (٥٠٤/٢) رقم ١٩٨٩ ، الترمذي - عمرة في رمضان تعدل حجة (٢٧٦/٣) رقم ٩٣٩، وابن ماجه (٥٠٣/٢) رقم ٢٩٩٣

(١) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٢) في (م) ، (ع) : [الحديثين] وهو خطأ .
(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٤) القصة التي ساقها المصنف بهذا السياق غير قصة أم معقل ، وقد وردت من قصة امرأة مجهولة ، ومن قصة أم طليق وأبي طليق ، ففي سنن أبي داود عن ابن عباس قال : أراد رسول اللّه ﷺ الحج فقالت امرأة لزوجها : أحجني مع رسول اللّه على جملك ، فقال : ما عندي ما أحجك عليه ، فقالت : أحجني على جملك فلان ، قال : ذاك حبس في سبيل اللّه ﷻ فأتى رسول اللّه ﷺ فقال : إن امرأتي تقرأ عليك السلام ورحمة اللّه ، وإنها سألتني الحج معك ، قالت : أحجني على جملك فلان ، فقلت : ذاك حبيس في سبيل اللّه ، فقال : « أما إنك لو أحججتها عليه كان ذلك في سبيل اللّه » راجع سنن أبي داود (٥٠/٢) رقم ١٩٩٠ وانظره من طريق أبي طليق في كتاب الكنى والأسماء للدولابي (٤١/١) ط بيروت .
(٥) راجع النكت ورقة ١٨٣ .
(٦) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٧) في (ن) ، (م) ، (ع) : [المعقود] وهو خطأ .
(٨) في (ن) ، (م) ، (ع) : [ابن عباس] وقد مضى ذكر ما ورد عنه في صدر المسألة ، وثبت أن خبر =

كراع [١] أو سلاح [٢]

١٨٢٥٥ - قلنا : هذا دلالة عليكم أنه لا يجوز فيما سوى ذلك من المنقولات . فأما على قولنا ؛ فيدل / على جواز الحبس . والكلام في زوال الملك وفائدة التخصيص أن الثواب في هذا الوجه أعظم وأرفع من غيره لما فيه من مجاهدة العدو وإعزاز الدين .

* * *

= ابن مسعود أولى ؛ لأنه يوافق اللفظ الذي أثبته المصنف . وابن مسعود هو عبد الله بن مسعود أبو عبد الرحمن الهذلي صاحب رسول الله ﷺ وخادمه ومن نبلاء الفقهاء المقرئين . كان من أوعية العلم وأئمة الهدى ، مات بالمدينة سنة ٣٢ هـ وله نحو ستين سنة . راجع طبقات الحفاظ ص ٢٥ ، طبقات ابن سعد (١/٣) ص ١٠٦ طبقات القراء (٤٥٨/١) ، العبر (٣٣/١) ، النجوم الزاهرة (٩٨/١) .

(١) الكُرَاعُ - الْخَيْلُ - راجع القاموس المحيط باب العين فصل الكاف (٨٠/٣) ، مختار الصحاح (كرع) ص ٥٩ .

(٢) جاء في مصنف ابن أبي شيبة عن إسماعيل بن أبي خالد عن الشعبي قال . قال علي : لا حبس عن فرائض الله إلا ما كان من سلاح أو كراع . وعن أبي فضيل عن مطرف عن رجل عن القاسم ، قال عبد الله - يعنى ابن مسعود - : لا حبس إلا في كراع أو سلاح . راجع مصنف ابن أبي شيبة (٢٥٠/٦) وانظر نصب الراية (٤٧٧/٣) .

وقف المشاع

١٨٢٥٦ - قال محمد : لا يصح وقف المشاع وبه قال الشافعي [(١)] .

١٨٢٥٧ - وقال أبو يوسف : يصح [(٢)] .

١٨٢٥٨ - لمحمد : أنه [نوع وقف فأثرت الإشاعة فيه كبناء المسجد ، ولأنه وقف جزءًا غير معين ، فلم يلزم كما لو] [(٣)] وقف على مكاتب ، ولأن كل ما لو وقفه [(٤)] على مكاتب لم يلزم [(٥)] فإذا وقفه على حر لم يلزم كالطعام ، ولأن الوقف إذا لزم انتفى [(٦)] عنه التمليك ، فلو جاز في المشاع لثبت في حق التمليك متعلق به ، لأن الشريك يلتمس القسمة ، وفيها معنى التمليك فلم يجز لزومه مع مفارقة ما ينافيه .

١٨٢٥٩ - احتجوا : بما روي أن [(٧)] عمر بن الخطاب ﷺ ملك مائة [سهم [(٨)]] بخيبر فقال ﷺ « احبس [(٩)] أصلها » [(١٠)] .

١٨٢٦٠ - والجواب : أنه قد روي أن النبي ﷺ قسم خيبر بين أصحابه : « فقوله [(١١)]

---

(١) تجدر الإشارة إلى أن محل النزاع في المشاع الذي يقبل القسمة ، أما ما لا يقبل القسمة فإنه يجوز وقفه اتفاقًا . ويرجع سبب الخلاف إلى أن محمد يشترط لصحة الوقف القبض خلافًا لأبي يوسف فيصبح عنده بالقول كما سبق . قال فى الهداية : « وقف المشاع جائز عند أبي يوسف ؛ لأن القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط فكذا تتمته ، وقال محمد : لا يجوز ؛ لأن أصل القبض عنده شرط فكذا ما يتم به . وهذا فيما يقبل القسمة ، فيجوز مع الشيوع عند محمد أيضًا لأنه يعتبر بالهبة . راجع الهداية (٤٢٥/٥) ، اللباب (١٨١/٢) ، تبيين الحقائق (٣٢٧/٣) ، حاشية ابن عابدين (٣٤٨/٤) ، البدائع (٢٢٠/٦) .

(٢) وبه قال أيضًا المالكية والحنابلة . راجع المهذب (٥٧٥/١) ، مختصر الخلافيات ورقة ٢٢٣ ، مغني المحتاج (٣٧٧/٢) ، الشرح الكبير للدردير (٨١/٤) ، المغني (٦٤٣/٥) .

(٣) ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [وقف] .

(٥) في (م) ، (ع) : [يلزمه] .

(٦) في جميع النسخ [انتفا] .

(٧) في (م) (ع) : [بأن] .

(٨) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٩) في (ن) : [حبس] .

(١٠) يروى من حديث ابن عمر ، وانظره في سنن ابن ماجه (٨٠١/٢) رقم ٢٣٩٧ ، والدارقطني - كتاب الأحباس (١٨٦/٤ ، ١٨٧) ، النسائي - باب حبس المشاع (٢٣٢/٦) رقم ٣٦٠٣ ، ٣٦٠٤ ومسند أحمد (١١٤/٢) وانظر تلخيص الحبير كتاب الوقف (٦٧/٣) رقم ١٣١٠

(١١) في (م) ، (ع) : [بقوله] .

مائة سهم إنما أراد به ما أصابه بالقسمة لمائة سهم ولما ثبت ما قالوه دل على جواز الوقف ، والكلام في لزومه وقد بينا أنه ليس في الخبر ما يدل على اللزوم .

١٨٢٦١ - قالوا : لو [1] وقف الشريكان جاز أن [2] يصير وقف كل واحد منهما مشاعًا [3] .

١٨٢٦٢ - قلنا : هناك لا يقارن الوقف حق التملك ؛ لأن القسمة لا تثبت ، ومتى وقف أحدهما فإن الوقف [4] حق القسمة وذلك ينافي الوقف .

* * *

---

(١) من (ص) وساقطة من غيرها .

(٢) في (م) ، (ع) : [وإن] .

(٣) هذا لو وقفا على جهة واحدة وسلما في زمن واحد ، أو على جهات مختلفة وسلما في زمن واحد ، أو على جهات مختلفة وسلما في زمن واحد ، وإلا فهو محل خلاف بين محمد وأبي يوسف كهذه المسألة ، قال ابن عابدين : « ولو بينهما أرض وقفاها ودفعاها معًا إلى قيم واحد جاز اتفاقًا ، لأن المانع من الجواز عند محمد هو الشيوع وقت القبض لا وقت العقد ، ولم يوجد هنا لوجودهما معًا ، وكذا لو وقف كل منهما نصيبه على جهة وسلماه معًا لقيم واحد ، لعدم الشيوع وقت القبض ، وكذا لو اختلفا في وقفيهما جهة وقيما واتحد زمان تسليمهما مالهما ، أو قال كل واحد منهما لقيمه : اقبض نصيبي مع نصيب صاحبي ؛ لأنهما صارا كمتول واحد ، بخلاف ما لوقف كل واحد وحده وسلم لقيمه وحده ؛ فلا يصح عند محمد لوجود الشيوع وقت العقد وتمكنه وقت القبض » راجع حاشية ابن عابدين (٣٤٨/٤) .

(٤) في (م) ، (ع) : [للوقف] .

مسألة ٩١٤

اختصاص الواقف بالوقف أو دخوله مع آخرين

١٨٢٦٣ - قال أبو يوسف : إذا وقف على نفسه ثم على جهات من بعده جاز .

١٨٢٦٤ - وقال محمد : لا يجوز [١] .

١٨٢٦٥ - وبه قال الشافعي : [٢] .

١٨٢٦٦ - [و [٣]] لأبي يوسف ما روي أن عمر شرط في وقفه أو لا جناح على [من [٤]] وَلِيَهُ أن يأكل منه غير متمول [٥] وقد كان [٦] وَلِيَهَا [٧] بنفسه ، ولأنه أحد [٨] نوعي الوقف ، فصح أن يكون الواقف أحد الموقوف عليهم [٩] كالمقبرة أو المسجد [١٠] .

١٨٢٦٧ - ولا يقال : هناك قد أباح الانتفاع به فيستحق [١١] بحكم الإباحة لا بالشرط ؛ وذلك لأن هناك لم يخص الانتفاع لمن [١٢] يدخل في جملتهم كما يستحق [١٣] غيره من غير تعيين وهنا [١٤] قد عين ، وكما لا يستحق غيره إلا بالشرط والتعيين كذلك هو أيضًا .

١٨٢٦٨ - ولأنه وقف على معين فصار كما لو وقف على ولده ؛ لأنه شرط الإنفاق منه على من لا معصية عليه في الإنفاق عليه ، كما لو شرط أن ينفق على غيره .

١٨٢٦٩ - احتجوا : بأنها جهة يُمَلِّكُ بها فوجب أن لا يُمَلِّكَ بها نفسَه ، كالبيع والهبة [١٥] .

١٨٢٧٠ - والجواب : أنه لا يمَلِّكُ نفسه بالوقف ، ولكنه تصدق بها ؛ فليس بدل الانتفاع من جملة ما تصدق به ، فكأنه تصدق بما سوى ما شرط لنفسه .

---

(١) راجع الهداية (٤٣٧/٥) ، اللباب (١٨٥/٢ - ١٨٦) ، تبيين الحقائق (٣٢٨/٣) حاشية ابن عابدين (٣٨٤/٤) وهو أحد القولين عند الحنابلة . راجع المغني (٦٠٧/٥) .

(٢) وبه قال أيضًا المالكية في المشهور من مذهبهم والحنابلة في القول الثاني . راجع الهداية (٥٧٦/١) ، مواهب الجليل (٢٥/٦) ، المغني (٦٠٧/٥) .

(٣ ، ٤) ليس في (م) ، (ع) .

(٥) جزء من حديث عمر السابق في صدر الباب ، وقد سبق الإشارة إليها عند تخريج الحديث .

(٦) في (م) ، (ع) : [قال] وهو خطأ .

(٧) في (م) ، (ع) : [دليلنا] وهو خطأ .

(٨) في (م) ، (ع) : [ولأنه كان أحد] .

(٩) في (م) ، (ع) : [عليه] .

(١٠) راجع الهداية (٣٤٨/٥) .

(١١) في (ن) : [ليستحقه] .

(١٢) في (ن) : [لمعنى] .

(١٣) في (ع) : [لا يستحق] وهو خطأ .

(١٤) في (ص) ، (م) ، (ع) : [وهذا ها هنا] .

(١٥) راجع المغني لابن قدامة (٦٠٧/٥) .

مسألة ٩١٥

الملك في الوقف بعد خرابه

١٨٢٧١ - قال محمد : إذا خرب جوار المسجد واستغنى عنه عاد إلى ملك من جعله مسجدًا .

١٨٢٧٢ - وقال أبو يوسف : لا يرجع ملكًا أبدًا (١) .

١٨٢٧٣ - وبه قال الشافعي (٢) (٣) .

١٨٢٧٤ - لمحمد (٤) أنه إزالة ملك في حال الحياة لم يبن على التغليب ، فجاز أن يعود إلى ملكه كالهبة والصدقة ، ولأنه استغنى عن الصلاة فيه فصار كما لو بنى مسجدًا وأذن للناس (٥) في الصلاة (٦) فيه ولم يوجبه بقوله (٧) .

١٨٢٧٥ - ولأن الملك زال فيه لجهة قربة ، فإذا استغنى عنه عاد إلى ما كان قبلها كالميت إذا أخذه السيل أو أكله السبع عاد الكفن إلى ملك من كفنه (٨) .

---

(١) راجع الهداية والكفاح وشرح فتح القدير (٤٤٦/٥) ، تبيين الحقائق (٣٣١/٣) البدائع (٢٢١/٦) .

(٢) بقول أبي يوسف والشافعي قال مالك وأحمد ، مع ملاحظة أن المالكية قد قالوا بأن الوقف لا يزيل ملك الواقف ، وهو ما سبق الإشارة إليه في المسألة الثانية ، والسر في ذلك أن الوقف عند المالكية مؤبد ومؤقت والمؤقت إذا انتهى وقت الوقف عاد ملكًا لصاحبه إن كان حيًا أو لوارثه بعد موته ، والمؤبد لا يعود الملك فيه إلى صاحبه بحال من الأحوال . فإن كان على طائفة فاندثرت عاد إلى عصبة المحبس وقفًا لا ملكًا ولا يعود إلى الواقف ، ولو كان حيًا . وإن كان على منفعة عامة كالمسجد والقنطرة ونحوهما فإن الإمام يجتهد في مصرفه ، ويصرفه مصرف الأحباس . راجع المهذب (٥٨١/١) ، مغني المحتاج (٣٩٢/٢) ، النكت ورقة ١٨٣ ، مواهب الجليل (٤٢/٦ ، ٤٦) ، حاشية الدسوقي والشرح الكبير (٨٥/٤ ، ٨٧ ، ٩١) ، المغني لابن قدامة (٦٣١/٥) .

(٣) من [ن] وساقط من غيرها . (٤) من (ع) وساقط من غيرها .

(٥) من (ص) وفي غيرها [الناس] وهو خطأ . (٦) في (م) ، (ع) [للصلاة فيه] .

(٧) إذا بنى مسجدًا وأذن للناس بالصلاة فيه ولم يقل وقفته مسجدًا ونحوه فيخرج عن ملك صاحبه ويكون مسجد عند الجميع ، وإن قال : جعلته مسجدًا ولم يأذن للناس بالصلاة فيه فإنه يكون مسجدًا عند أبي يوسف والشافعي ، ولا يكون مسجدًا عند محمد ؛ لأن الوقف لا يلزم إلا بالقبض عنده . راجع شرح فتح القدير (٥/ ٤٤٤) ، مغني المحتاج (٢/ ٣٨١) .

(٨) قال الشيرازي : « لنا أنه إزالة ملك إلى الله ﷻ فلم يعد الملك فيه كما لو أعتق عبدًا . قالوا : إزالة ملك لجهة قربة من غير إتلاف ، فلما استغنى عنه عاد إلى ما كان قبل القربة كالميت إذا أكله السبع وعليه كفن . قلنا : يبطل بمن أخرج شيئًا إلى فقير في الزكاة ثم استغني الفقير ، والكفن في أحد الوجوه باق على ملك =

١٨٢٧٦ - احتجوا : بأنه إزالة ملك على وجه القربة ، فوجب أن لا يعود إلى ملكه بلا قتال [1] كما لو أعتق عبدًا .

١٨٢٧٧ - فالجواب : أن العبد بالعتق يعود إلى حرية الأصل [فمن جاز أن يسترق ابتداء [2]] جاز [3] أن يسترق بعد عتقه ؛ لأن العبد النصراني إذا أعتق فنقض العهد [و] [4] لحق [بدار الحرب [5]] جاز أن يسترق فيملك [6] ، وكذلك الأمة المسلمة إذا ارتدت .

١٨٢٧٨ - فأما العبد المسلم إذا أعتق وارتد لم يقر على كفره ؛ فهو كالكافر الأصلي الذي لا يقر على كفره ولا يسترق ، كذلك المسجد إذا استغنى عنه عاد إلى أصل الأرض ، فيجوز أن يملك .

١٨٢٧٩ - قالوا : المسجد إذا خرب ما حواليه جاز أن يعود إلى العمارة ، ويصلى فيه مارة الطريق [7] فلا يبطل بالقربة فيه [8]

١٨٢٨٠ - قلنا : جواز عود العمارة [لا [9]] يعتبر [10] ، كما لا يعتبر جواز أن يوجد الميت في عَودِ [11] الكفن [12] إلى ملك من كفنه . وأما صلاة من يجتاز بالموضع فالموضع الخراب لا تختص الصلاة [13] فيه ببقعة [14] المسجد ، بل تجوز في جميعه وإنما تتخصص [15] الصلاة في المسجد [16] في المواضع المملوكة .

= الميت ، فإذا استغنى عنه قسم بين الورثة ، فلا نسلم أنه إزالة ملك . ومن أصحابنا من قال : إنه لله تبارك تعالى فيعود إلى بيت المال ، ولا يعود إلى ما كان قبل القربة » . راجع النكت ورقة ١٨٣

(١) كذا بالنسخ ولعل صوابها [باختلاله] ففي المهذب : وإن وقف مسجدًا ، فخرب المكان وانقطعت الصلاة فيه لحق الله تعالى لا يعود إلى الملك بالاختلال كما لو أعتق عبدا ثم زمن . راجع المهذب (٥٨١/١) ، والمغني لابن قدامة (٦٣٣/٥) ، وانظر نص الشيرازي السابق .

(٢) ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [فجاز] وهو خطأ .

(٤) ليس في (م) ، (ع) .

(٥) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٦) في (ن) ، (م) ، (ع) : [في ملك] .

(٧) في (ن) ، (م) ، (ع) : [تارة للطريق] وهو خطأ .

(٨) قال في البدائع في معرض الرد على أبي يوسف : « وقوله أزال ملكه بوجه وقع الاستغناء عنه . قلنا : ممنوع فإن المجتازين يصلون فيه ، وكذا احتمال عود العمارة قائم ، وجهة القربة قد صحت بيقين ، فلا تبطل باحتمال عدم حصول المقصود » راجع البدائع (٢٢١/٦)

(٩) ساقطة من (ص) ، (ن) .

(١٠) في (ن) : [يصير] وهو خطأ .

(١١) في (ن) : [عدد] وهو خطأ .

(١٢) في (م) ، (ع) : [إلى الكفن] .

(١٣) في (م) ، (ع) : [بالصلاة] .

(١٤) في (م) ، (ع) : [بقعة] .

(١٥) في (م) ، (ع) : [تخصيص] .

(١٦) في (م) ، (ع) : [فيه] .

مسألة ٩١٦

دخول أولاد البنات في الوقف على ولد الوالد أو الذّرية

١٨٢٨١ – قال أبو يوسف : إذا وقف على ولده وولد ولده ، أو على ذريته ؛ دخل فيه ولد البنين وولد البنات . قال : وهو قياس قول أبي حنيفة وإحدى الروايتين [١] .

١٨٢٨٢ – وبه قال الشافعي [٢] .

١٨٢٨٣ – وقال محمد في السير الكبير : إذا أخذ الأمان لولده وولد ولده لم يدخل فيه ولد البنات [٣] ، ....

---

(١) لا تدخل هذه المسألة فيما هو واضح ضمن مسائل الخلاف بين الشافعية والأحناف ، وربما أدخلها المصنف في مسائل الخلاف لورود روايتين فيها عن أبي حنيفة ، إحداهما : وهي التي ذكرها المصنف توافق رأي الشافعي فى دخول أولاد البنت في الوقف على ولد ولده أو ذريته ، وهي الرواية المعتمدة في المذهب . أما الأخرى : وهي التي تمنع أبناء البنت من الدخول في الوقف ، فهي رواية استبعدها المحققون في المذهب الحنفي ولم يعولوا عليها . فقد أنكرها الخصّاف وهو من كبار الأحناف ونقل عنه صاحب الهداية وابن عابدين قوله : يدخلون فى جميع ما ذكر وإنه أنكر رواية حرمان أولاد البنات ، وقال : لم أجد من يقول برواية ذلك من أصحابنا . وأرجع المحققون في المذهب الرواية الثانية إلى قياسها على قول محمد في السير الآتي بعد ، وهو أنهم لا يدخلون في الأمان إذا طلب الأمان لأولاده ، فقاسوا هذه عليها وهو قياس بعيد ، لاختلاف الموضوعين ، وكذا روى أبو حنيفة فيمن أوصى بثلث ماله لولد زيد ، فإن وجد له ولد ذكور وإناث لصلبه يوم موت الموصى كان بينهم . وإن لم يكن له ولد لصلبه بل ولد من أولاد الذكور والإناث ؛ كان لأولاد الذكور دون الإناث ، فكأنهم قاسوه على ذلك ، وهو قياس بعيد كذلك . وقد فرق بينهما العلماء .. ولذا فإن رأي الإمام وأبي يوسف والشافعي في دخول أولاد البنات في الوقف على أولاد الولد واحد ، ولا خلاف بينهم فيه . راجع فيما سبق الهداية (٤٥١/٥) ، حاشية ابن عابدين (٤٦٣/٤ ، ٤٦٤) وبه قال الحنابلة أيضًا .

(٢) راجع المهذب (٥٧٩/١) ، نهاية المحتاج (٣٨٢/٥) ، المغني (٦١٥/٥)

(٣) ما في السير يخالف قول المصنف ؛ لأن الحالة التي لا يدخل فيها أولاد البنات عند محمد هي : إذا طلب الأمان لأولاده ولم يذكر أولاد أولاده ، فقد قال : « لو قال : أمنونا على أولادنا ، فهذا على أولادهم ولأصلابهم وأولادهم من قبل الرجال ، وأما أولاد البنات فليسوا أولادهم ، ولو استأمنوا على أولاد أولادهم ؛ دخل في ذلك أولاد البنات » ويتبين من هذا النص لمحمد : أنهم لا يدخلون عنده في حالة ذكر الولد فقط ، أما في حالة ذكر ولد الولد ؛ فإنهم يدخلون ، على أن شارح السير ذكر رواية الخصاف عن محمد أنهم يدخلون في الصورة الأولى أيضًا . راجع شرح السير الكبير (٣٢٨/١ ، ٣٢٩) ط شركة الإعلانات الشرقية . ولذا قال صاحب الهداية نقلًا عن محمد « ذكر محمد ﷺ أن ولد الولد يتناول ولد البنت عند أصحابنا » الهداية (٤٥٢/٥) ولذلك قال ابن عابدين : أولاد البنات يدخلون رواية واحدة ، وإنما الروايتان فيما إذا قال أمنوني =

وهو اختيار عيس بن أبان [(١)] حكاه الطحاوي [(٢)] عن مالك [(٣)] .

١٨٢٨٤ - فإن اخترنا [(٤)] قول محمد ؛ فالوجه في ولد الإنسان في الإطلاق من ينسب إليه ، وولد البنات ينسبون إلى آبائهم ، ولأن الولد إنما ينسب إلى الرجل ؛ لأنه ولد له ، وولد البنت ولدوا لآبائهم [(٥)] وأنشدوا فيه :

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأباعد [(٦)]

١٨٢٨٥ - ولهذا لا يقال لولد الزبير [(٧)] أنهم من ولد بني هاشم ، وكذلك لا يقال

= على أولادي ، حاشية ابن عابدين (٤٦٤/٥) .

(١) عيسى بن أبان بن صدقة أبو موسى قاض من كبار فقهاء الحنفية ، تفقه على محمد بن الحسن ، كان سريعًا بإنفاذ الحكم عفيفًا ، خدم المنصور العباسي مدة ، وولي القضاء بالبصرة عشر سنين . له كتب منها : إثبات القياس ، واجتهاد الرأي ، والجامع في الفقه ، وغيرها ، توفي سنة (٢٢١هـ) بالبصرة . الأعلام (١٠٠/٥) ، تاريخ بغداد (١٥٧/١١) ، الجواهر المضية (٦٧٨/٢) هدية العارفين وآثار المصنفين للبغدادي (٨٠٦/١) ط دار الفكر ، الفوائد البهية صـ ١٥١ .

(٢) سبقت ترجمته .

(٣) قال الحطاب : « شخص أوقف ماله الفلاني على من سيولد له من ظهره من الأولاد ذكرًا كان أو أنثى ، وعلى أولاد أولاده وأولاد أولاد أولاده أبدًا ما تناسلوا وتعاقبوا بطنا بعد بطن وعقبًا بعد عقب ، يدخل في ذلك الأبناء مع الآباء عدا أولاد البنات من بنيه وبنات بنيه ومن أسفل منهم ؛ فليس لهم دخول في ذلك . راجع مواهب الجليل (٣١/٦) ومن خلال النص يتضح أن مذهب المالكية هو عدم دخول أولاد البنات في الموقوف على أولاد الأولاد ، وهو ما قصده المصنف بقوله ، حكاه الطحاوي عن مالك .

(٤) في (م) ، (ع) : [أجزنا] .

(٥) سبقت الإشارة إلى أن كلام محمد في السير يخالف نقل المصنف عنه هنا ، وأنه لا خلاف لمحمد في هذه المسألة محل النزاع ؛ لأنه فرق بين صورتين : الأولى على الأولاد . والثانية : الأولاد وأولاد الأولاد ، ومسألتنا تدخل تحت الصورة الثانية ، ورأيه فيها يوافق المذهب في دخولهم في الوقف كما أن رواية عنه تدخلهم في الوقف على الأولاد كما سبق من الإشارة إلى تفريق محمد بين صورة الأولاد ، وصورة أولاد الأولاد ، قال شارح السير : لأن اسم ولد الولد حقيقة لمن ولدته وهو ولده وابنه ولده ، فما ولد لابنته يكون ولد ولده حقيقة بخلاف الأول أي الوقف على الولد فقط ، فقد ذكر هناك أولاده وهم في الحقيقة ولده هو ، ومن حيث الحكم قد يكون منسوبًا إليه بالولادة ، وذلك أولاد الابن دون أولاد البنات . راجع شرح السير (٣٢٩/١) .

(٦) هذا البيت في الحماسة برقم ١٧٥ وينسب للفرزدق . راجع الحماسة ط عبد الله عسيلان ، جمع الجوامع (٣٢/٢) تحقيق عبد العال سالم مكرم ط دار البحوث - الكويت .

(٧) الزبير بن العوام بن خويلد بن أسد بن عبد العزى بن كلاب الأسدى أبو عبد الله ، ابن عمة رسول الله ﷺ ، وأمه صفية بنت عبد المطلب عمة رسول الله ﷺ ، وهو أحد العشرة المبشرين ، شهد بدرًا وما بعدها ، وهاجر الهجرتين ، وهو أول من سل سيفًا في سبيل الله . روى عن النبي ﷺ وعنه روى ابنه عبد الله وعدوة والأحنف وقيس بن جازم وغيرهم ، قتل الزبير يوم الجمل سنة (٣٦ هـ) وقبره بوادي السباع ناحية البصرة . راجع التهذيب (٣١٩/٣) ، الإصابة (٥٥٣/٢) ، الاستيعاب (٥١٠/١) .

لولد عثمان [١] أنهم من بني هاشم ، وإن كانت أمهاتهم هاشميات ، ومن حكم الأسماء أن تحمل على إطلاقها [٢] .

١٨٢٨٦ - فإن قيل : قال اللّٰه تعالى (ومن ذريته داود وسليمان وأيوب ويوسف وموسى وهارون وكذلك نجزى المحسنين وزكريا ويحيى وعيسى ..) [٣] فلا يمنع أحد أن يقول عيسى من ولد آدم .

١٨٢٨٧ - قلنا : لما لم يكن [لعيسى انتساب لأب بأن اختص نسبًا بأمه] [٤] فتناوله اللفظ بهذه القرينة ، والكلام في الإطلاق ، وكذلك احتجاجهم بقول الناس :

١٨٢٨٨ - الحسن [٥] والحسين [٦] ....

---

(١) عثمان بن عفان ، وقد سبقت ترجمته ، وأمه أروى بنت كريز بن ربيعة بن حبيب بن عبد شمس وأمها أم حكيم بنت عبد المطلب . راجع التهذيب (١٣٩/٧) .

(٢) قال الشيرازي : إذا وقف على ولده وولد ولده دخل فيه أولاد الابن والبنت ، وقال أصحاب أبي حنيفة : لا يدخل فيه أولاد البنت . لنا : أن ولد البنت ولد ولده حقيقة ؛ فهو كولد الابن ، ولأنه إذا دخل فيه ولد الابن وهو مظنون فلأن يدخل ولد البنت وهو معلوم أولى . قالوا : لا ينسب إليه في العادة ، ولا يشرف بشرفه قال الشاعر :

بنونا بنوا أبنائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأباعد

قلنا : إن لم ينسب إليه إلا أنه ولد ولده ، فدخل في الوقف كولد المرأة لا ينتسب إليها ثم يدخل في وقفها على الولد . راجع النكت ورقة ١٨٣ .

(٣) من الآيتين ٨٤ ، ٨٥ من سورة الأنعام .

(٤) بدل هذه العبارة في (ص) ، و (ن) : لما لم يكن لعيسى أسباب بأن اختص أسبابه محمد وأمه وفي (ج) ، (د) لما لم يكن أجنس أسباب بأن اختص أسبابه محمد وأمه ونرى أن ما أثبتناه أقوم . قال ابن قدامة : « وأما عيسى عليه السلام فلم يكن به أب ينسب إليه فينسب إلى أمه لعدم أبيه ، ولذلك يقال : عيسى بن مريم . المغني (٦١٦/٥) .

(٥) الحسن بن علي بن أبي طالب الهاشمي القرشي أبو محمد ، خامس الخلفاء الراشدين وآخرهم ، وثاني الأئمة الاثنى عشر عند الإمامية ، ولد بالمدينة المنورة ، وأمه فاطمة الزهراء بنت رسول اللّٰه ﷺ ، وهو أكبر أولادها وأولهم ، كان عاقلًا حليمًا محبًّا للخير فصيحًا من أحسن الناس منطقًا وبديهة ، حج عشرين مرة ماشيًا ، بايعه أهل العراق بالخلافة بعد مقتل أبيه سنة (٤٠ هـ) وسار إلى الشام لمحاربة معاوية ، وحين التقى الجيشان هال الحسن أن يقتتل المسلمون ، فاصطلح مع معاوية وخلع نفسه من الخلافة ، وسلم معاوية الأمر في بيت المقدس ، توفي الحسن بالمدينة (مسمومًا في قول البعض) سنة (٥٠ هـ) . راجع الأعلام (١٩٩/٢ - ٢٠٠) ، الإصابة (٣٢٨/١) ، التهذيب (٢٥٧/٢) وغيرها .

(٦) الحسين بن علي بن أبي طالب ، ولد بعد الحسن بسنة وعشرة أشهر ، وعق عنه رسول اللّٰه كما عق عن أخيه الحسن ، كان فاضلًا كثير الصيام والصلاة والحج ، قتل رضي الله عنه في كربلاء بالعراق يوم الجمعة لعشر خلت من محرم سنة (٦١ هـ) راجع الاستيعاب (٣٩٣/١) ، الإصابة (٧٦/٢) ، التهذيب ، (٣٤٥/٢ - ٣٤٦) وفيات الأعيان (٣٥٣/٤) ، شذرات الذهب (١٠/١ ، ١٦ ، ٣٥ ، ٦٦) ، الأعلام (٣٤٣/٢) .

[ابنا فاطمة (١)] ابنا رسول الله ﷺ وبقول رسول الله ﷺ : « الحسن ابني » (٢) لا دلالة فيه ؛ لأنه روي عن النبي ﷺ أنه قال : « عصب كل إنسان من عصبي من فاطمة » (٣) فلما خص ﷺ بالتعصيب من ولد الابنة خصوا (٤) بالنسبة (٥) إليه (٦) .

١٨٢٨٩ - وقولهم : إضافة الولد إلى والده (٧) [وولد البنت ولد ولده] (٨) كولد الابن لا يصح [لشيء (٩)] هو أولى من جميع ما ذكروه ، وهو قوله تعالى « يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » (١٠) وورثهم من هذا ولد الصلب وولد البنين فلم يشركهم ولد البنات ، ولولا أن إطلاقه الاسم لا يتناول ولد البنات لشاركوا ولد البنين ، وإن الآية أريد بها : ولد الولد بالإجماع .

* * *

---

(١) ساقط من (م) ، (ع) . وفاطمة هي فاطمة بنت رسول الله ﷺ ، وأمها أم المؤمنين خديجة بنت خويلد من نابهات قريش ، تزوجها أمير المؤمنين علي بن أبي طالب في الثامنة عشرة من عمرها ، وولدت له الحسن والحسين وأم كلثوم وزينب ، وعاشت بعد أبيها ستة أشهر ، وهي أول من جعل له النعش في الإسلام ، لها ١٨ حديثًا توفيت سنة (١١ هـ) راجع الأعلام (١٣٢/٥) ، الإصابة (٣٧٧/٤) ، الاستيعاب (١٨٩٣/٤) .

(٢) روى البخاري وغيره أن رسول الله ﷺ قال : « إن ابني هذا سيد ، ولعل الله أن يصلح به بين فئتين عظيمتين من المسلمين » وما ذكره المصنف هو معناه . راجع صحيح البخاري - كتاب الصلح - باب قول النبي ﷺ للحسين بن علي ﷺ (٢٤٤/٣) وسنن الترمذي (٦١٦/٣) رقم ٣٧٧٣ وانظر نيل الأوطار (٣٠/٦) .

(٣) لم نعثر عليه في كتب الحديث .

(٤) في (ن) : [خلصوا] .

(٥) في (م) ، (ع) : [بالنسب] .

(٦) قال ابن قدامة : وقول النبي ﷺ : « إن ابني هذا سيد تجوز بغير خلاف ، بدليل قول الله تعالى : ﴿ مَّا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَآ أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمْ ﴾ المغني (٦١٦/٥) .

(٧) في (ن) ، (م) ، (ع) : [ولده] وهو خطأ .

(٨) بالنسخ [وولد البنت ولدها] وما أثبتناه أنسب ويتفق مع ما في النكت وقد سبق نصه في المسألة .

(٩) من [ن] وساقطة من غيرها .

(١٠) سورة النساء : الآية ١١ . قال الإمام القرطبي : في أولادكم يتناول كل ولد كان موجودًا أو جنينًا في بطن أمه دنيًا أو بعيدًا من الذكور أو الإناث ما عدا الكافر . قال بعضهم هو حقيقة في الجميع لأنه من التولد غير أنهم يرثون على قدر القرب منهم . راجع تفسير القرطبي (١٧٢٧/٢) .

موسوعة

القواعد الفقهية المقارنة

المسماة

التجريد

كتاب الهبة

حكم ما لو وهب عينًا فقبل وقبضا في المجلس ولم يأذن له في القبض

١٨٢٩٠ - قال أصحابنا : إذا وهب له عينا فقبل ، وقبضا في المجلس ولم يأذن له في القبض (٢) ملكها (٣) .

---

(١) الهبة لغة : العطية الخالية من الأعواض والأغراض فإذا كثرت سمي صاحبها وهابًا وهو من أبنية المبالغة . والهبة شرعًا : في ثلاثة مواضع في بيان ركن الهبة وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الهبة أما ركن الهبة فهو الإيجاب من الواهب ، فأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحسانًا والقياس أن يكون ركنًا وهو قول زفر ، وفي قول قال القبض أيضًا ركن . القياس أن الهبة تصرف شرعي والتصرف الشرعي وجوده شرعًا باعتباره وهو انعقاده في حق الحكم والحكم لا يثبت بنفس الإيجاب فلا يكون نفس الإيجاب هبة شرعًا ؛ لهذا أمكن الإيجاب بدون القبول تبعًا كذا هذا الاستحسان أن الهبة في اللغة عبارة عن مجرد إيجاب المالك من غير شريطة القبول وإنما القبول والقبض لثبوت حكمها لا لوجودها في نفسها فإذا أوجب فقد أتى بالهبة فترتب عليها الأحكام والدليل على أن وقوع التصرف هبة لا يقف على القبول ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال : « لا تجوز الهبة إلا مقبوضة محوزة ، أطلق اسم الهبة بدون القبض والحيازة ، والإهداء من ألفاظ الهبة ، وروي أن سيدنا أبا بكر الصديق ﷺ دعا سيدتنا عائشة ﷺ في مرض موته فقال لها : أني كنت نحلتك جداد عشرين وسقا من مالي بالعالية وإنك لم تكوني قبضتيه ولا حرزتيه وإنما هو اليوم مال الوارث أطلق الصديق ﷺ اسم النحلي بدون القبض والنحلي من ألفاظ الهبة فثبت أن الهبة في اللغة عبارة عن نفس إيجاب الملك والأصل أن معنى التصرف الشرعي هو ما دل عليه اللفظ لغة بخلاف البيع فإنه اسم الإيجاب مع القبول فلا يطلق اسم البيع لغة وشريعة على أحدهما دون الآخر فما لم يوجد إلا يتسم التصرف بسمة البيع ولأن المقصود من الهبة هو اكتساب المدح والثناء بإظهار الجود والسخاء وهذا يحصل بدون القبول بخلاف البيع وكذا الغرض من الحلف هو منع النفس عن مباشرة المحلوف عليه وذلك هو الإيجاب ؛ لأنه فعل الواهب فيقدر على منع نفسه عنه (فأما) القبول والقبض ففعل الموهوب له فلا يكون مقدور الواهب والملك محكوم شرعي ثبت جبرًا من الله تعالى شاء العبد أو أبي فلا يتصور منع النفس عنه أيضًا بخلاف البيع فإنه وإن منع نفسه عن فعله وهو الإيجاب هناك لا يصير تبعًا بدون القبول فشرط القبول ليصير تبعًا فالإيجاب هو أن يقول الواهب وهبت هذا الشيء لك أو ملكته منك أو جعلته لك أو هو لك أو أعطيته أو نحلته أو أهديته إليك أو أطعمتك هذا الطعام أو حملتك على هذه الدابة ونوى به الهبة . انظر : بدائع الصنائع (١١٥/٧) ، لسان العرب مادة (وهب) .

(٢) القبض عند البسط يقال : قبض عليه بيده إذا ضم عليه أصابعه ، ومنه مقبض السيف وقبض الشيء أخذه ، وهذا الشيء في قبضة فلان أي في ملكه وتصرفه انظر : المغرب في ترتيب المعرب لأبي الفتح ناصرين السيد المطرزى .

(٣) وبه قال الإمام مالك انظر : المبسوط للسرخسي (٥٧/١٢) ، بدائع الصنائع للكاساني (١٢٤/٦) ، =

١٨٢٩١ - وقال الشافعي : لا يملكها حتى [1] يأذن له في القبض [2] .

١٨٢٩٢ - وقالوا : إذا وهب له ما هو وديعة [3] في يده [4] ، [فلابد له من الإذن] [5] في القبض . ومنهم من قال : فيها قولان [6] .

١٨٢٩٣ - لنا : أن إيجاب العقد إذن فيما يقع الملك به كالقبول في البيع [7] .

١٨٢٩٤ - [ولأن القبض معنى يقع به الملك ، فلم يفتقر بعد إيجاب العقد إلى تجديد إذن فيه كالقبول] [8] ، ولأنه [9] قبض في المجلس من غير منع فصار كما لو أذن له في القبض [10] .

١٨٢٩٥ - قالوا : قبض من الموهوب له بغير إذن الواهب فلم يصح ، كما لو قبضه بعد القيام من المجلس [11] .

١٨٢٩٦ - قلنا : ما يقع به الملك يخالف حالهُ بعد المجلس حالَه في المجلس بدلالة

= فتح القدير للكمال بن الهمام (١١٥/٧) ، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل للعلامة صالح عبد السميع الآبي (٢١٢/٢) ، أسهل المدارك للكشناوي (٨٩/٣) .

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [بغير] .

(٢) انظر : روضة الطالبين (٣٧/٥) ، نهاية المحتاج للرملي (٤١٤/٥) ، أسنى المطالب شرح روض الطالب (٣٨٢/٢) ، مغني المحتاج للشربيني الخطيب (٤٠٠/٢) ، وبه قال الإمام أحمد ، المغني (٢٤٨/٦) ، المبدع (٢٧٤/٩) .

(٣) الوديعة واحدة الودائع ، يقال أودعه مالا : أي دفعه إليه ليكون وديعة عنده . انظر : مختار الصحاح للرازي ٢٩٨ .

(٤) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٥) ما بين المعكوفتين في (م) : [ولابد في الإذن] وفي (ع) : [ولابد من الإذن حتى قبضه] .

(٦) أظهرهما اشتراط الإذن فيهما انظر : روضة الطالبين (٣٧٥/٥) ، مغني المحتاج (٤٠٠/٢) .

(٧) أي أن القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث إنه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك ، والمقصود منه بإثبات الملك فيكون الإيجاب منه تسليطًا على القبض بخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق ، لأنا إنما أثبتنا التسليط فيه إلحاقًا بالقبض والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به . انظر : البناية شرح الهداية (٨٠٢/٧) للبدر العيني .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) . وما من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش . انظر: البناية (٨٠٢/٧) .

(٩) في (ع) : [ولأن] .

(١٠) انظر : المبسوط (٥٧/١٢) ، بدائع الصنائع (١٢٣/٦ ، ١٢٤) ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم الحنفي (٢٨٥/٧ ، ٢٨٦) .

(١١) انظر : مغني المحتاج ٤٠٠ المجموع شرح المهذب (التكملة الثانية) ١٥ ، ٣٧٩ - للشيخ محمد نجيب المطيعى ، المغني (٢٤٨/٦) .

القبول [١]

١٨٢٩٧ – فإن قيل : القبول لا يصح بعد المجلس ، والقبض يصح في المجلس وبعده .

١٨٢٩٨ – قلنا : حكمه بعد المجلس مفارق لحكمه في المجلس كمفارقة القبول .

١٨٢٩٩ – ولأن الافتراق لما حصل بعد الإيجاب أثر ذلك في الإيجاب ، فلم يصح تملكه بحكم الأول ، فإذا أذن له في القبض فكأنه جدد الإيجاب ، وإذا لم يأذن له لم يصح التملك بحكم إيجاب قد ضعف ، ومع بقاء المجلس لا يحتاج إلى الإذن في التمليك كما لا يحتاج في القبول [٢] .

* * *

(١) يشترط في القبول أن يكون مكانه واحدا وهو اتحاد المجلس بأن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد فإن اختلف لم ينعقد . انظر : البحر (٢٧٩/٥) .

(٢) قال في المبسوط : ولو لم يكن الموهوب حاضرًا في المجلس فقبضه الموهوب له بعد ما افترقا بغير إذن الواهب لا يملكه ، وإن قبضه بإذن الواهب فقياس الاستحسان أن لا يملكه لأن القبض هنا بمنزلة القبول في البيع ، والقبول بعد الافتراق لا يوجب الملك بإذن الموهوب كان أو يعتبر إذنه فكذلك القبض هنا وفي الاستحسان يملكه لأن العقد انعقد لوجود الإيجاب والقبول والقبض محتاج إلى ذلك ليتقوى به السبب فيكون موجبًا للملك وذلك حاصل بعد الافتراق وإذنه يحتاج في القبض إلى إذن المالك صريحًا أو دلالة ، انظر : المبسوط (٥٧/١٢) . وقد استدل الشافعية ومن وافقهم أيضًا بأنه قبض الهبة بغير إذن الواهب فلم يصح كما لو نهاه ، ولأن التسليم غير مستحق على الواهب فلا يصح التسليم إلا بإذنه كما لو أخذ المشترى المبيع من البائع قبل تسليم ثمنه ، انظر : الحاوي الكبير للماوردي والحنفية ومن وافقهم يقولون أن القبض في المجلس بلا إذن يتم به الملك في الهبة قياسًا على القبول في البيع وقياسهم هذا يرد عليه من قبل المخالف أنه لو اقتضى ذلك لما يطل بالمفارقة كما لو صرح له بالإذن ثم يبطل بالبيع فإن قوله يصح في المجلس ولا يجوز القبض ، انظر : الحاوي الكبير (وأما الشافعية ومن وافقهم فقالوا : لا يتم الملك بلا إذن من الواهب وقد أوردنا أدلتهم) .

مسألة ٩١٨

حكم هبة المشاع الذي ينقسم

١٨٣٠٠ - قال أصحابنا : هبة المشاع [١] فيما يحتمل القسمة لا يملك بها حتى تقسم ويقبض [٢] .

١٨٣٠١ - وقال الشافعي : الهبة جائزة ، فإن كان الشريك غير الواهب قيل للشريك : ترضى أن يقسم الموهوب له الجميع نصفه ، ونصفه وديعة ؟ فإن رضي بذلك سلم إليه الكل ، وإن لم يرضَ قيل للموهوب له : ترضى أن توكل الشريك ليأخذه كله و [٣] نصفه له ؟ فإن رضي وإلا نصب القاضي من يقبض الكل نصفه هبة ، ونصفه قبض [٤] أمانة للشريك [٥] .

١٨٣٠٢ - لنا : ما روى مالك عن الزهري [٦] عن عروة [٧] عن عائشة [٨] أن أبا

---

(١) المشاع : غير المقسوم يقال سهم مشاع وسهم شائع أي غير مقسوم . انظر : مختار الصحاح ٣٧٦ .

(٢) انظر : الجامع الصغير ص ٤٣٥ للإمام محمد بن الحسن الشيباني ، المبسوط (٦٤/١٢) ، بدائع الصنائع (١٣٢/٦) ، فتح القدير (١٢١/٧) ، مجمع الأنهر (٣٥٦/٢) للشيخ عبد الرحمن أفندي .

(٣) ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) . (٤) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع)

(٥) انظر : الأم للشافعي (٢٨٤/٣) ، المهذب للشيرازي (٤٤٦/١) ، روضة الطالبين (٣٧٦/٥) ، وبجواز هبة المشاع قال الإمام مالك ، وأحمد المدونة الكبرى (٣٢٧/٤) ، بداية المجتهد (٢٩٩/٢) ، المغني (٢٥٣/٦) ، الفروع لابن مفلح (٦٤٣/٤) .

(٦) هو أبو بكر محمد بن مسلم بن عبيد الله ... بن شهاب الزهري ولد عام (٥٨ هـ) روى عن أنس بن مالك وسهل بن سعد والسائب بن يزيد وغيرهم وعنه عمرو بن شعيب ويحيى بن سعيد الأنصاري وغيرهم مات سنة (١٢٤ هـ) انظر : في طبقات الشيرازي ٦٣ ، طبقات الحفاظ ٤٢ ، ميزان الاعتدال للذهبي (٤٠/٤) ط بيروت ، وفيات الأعيان لابن خلكان (١٧٧/٤) .

(٧) عروة بن الزبير بن العوام ... بن كلاب ولد عام (٢٣ هـ) روى عن أبيه وأمه ، وأسماء بنت أبي بكر ، وعلي بن أبي طالب وغيرهم ، وعنه ابن شهاب ، وجعفر الصادق ، وهشام وغيرهم مات سنة (٩٣ هـ) انظر : سير أعلام النبلاء (٤٢١/٤) طبقات ابن سعد (١٧٨/٥) ، طبقات الشيرازي ٥٨ ، الجرح والتعديل لابن أبي حاتم (٣٩٥/١٦) .

(٨) هي : عائشة بنت أبي بكر الصديق عبد الله بن أبي قحافة القرشي ولدت في الإسلام روت عن النبي ﷺ وعمر ، وفاطمة وغيرهم ، وعنها إبراهيم بن يزيد والحارث بن نوفل وإسحاق بن طلحة وغيرهم ماتت عام (٥٨ هـ) ودفنت بالبقيع انظر : في طبقات ابن سعد (٥٨/٨) ، الاستيعاب لابن عبد البر (١٨٨١/٤) ، أسد الغابة لابن الأثير (١٨٨/٧) ، العبر للذهبي (٤٦/١) .

بكر (١) نحلها (٢) جداد (٣) عشرين وسقًا (٤) .

١٨٣٠٣ – من ماله بالغابة (٥) فلما مرض قال : يا بنية ما أحد إليَّ غنًا بك ولا أعز عليَّ فقدًا منك ، وقد كنت نحلتك جداد عشرين وسقًا ، وددت أنك حزتيه (٦) وقبضتيه/ ، وهو اليوم مال الوارث [أخواك وأختاك] (٧) . /ب

١٨٣٠٤ – وذكر الطحاوي (٨) هذا الخبر عن ابن وهب (٩) عن مالك وفيه : فلو كنت حزتيه ، جددتيه (١٠) واحتزارتيه (١١) كان لك ، وإنما هو اليوم مال الوارث (١٢) .

١٨٣٠٥ – فاعتبر الحيازة والقبض ، وليس يعتبر في الهبة مع حيازة إلا القسمة (١٣) .

---

(١) هو : أبو بكر عبد الله بن أبي قحافة واسمه عثمان بن عامر ... ابن كعب القرشي ولد بعد عام الفيل بثلاث سنين روى عن النبي ﷺ وعنه عمر ، وعثمان وعلي بن أبي طالب وغيرهم مناقبه أكثر من أن تحصى فهو أول من أسلم ورفيق الرسول ﷺ في الهجرة ، مات سنة (١٣ هـ) انظر : الاستيعاب (١٧٥/٤) ، أسد الغابة (١٩٤/٣) طبقات ابن سعد (٣١٥/١) .

(٢) النحلة : العطية تقول : نحلني أي أعطاني وأراد به هنا التسمية بدون التسليم . انظر : طلبة الطلبه لنجم الدين النسفي ص ٢٢٢ .

(٣) جداد : بفتح الجيم وكسرها من جد : دخل وهو حرام النحل أي قطع ثمرها . انظر : طلبة الطلبة ٢٢٢ .

(٤) الوسق : مكيلة معلومة ، وقيل حمل بعير وهو ستون بصاع النبي ﷺ وهو خمسة أرطال وثلث ، فالوسق على هذا الحساب مائة وستون منا انظر : لسان العرب لابن منظور (٤٨٣٦/٦) ط دار المعارف .

(٥) الغابة : الغب بالكسر في سقى الإبل ، وفي الحمى نوم وكوم انظر : مختار الصحاح ١٩٦ .

(٦) الحيازة : الضم يقال حاز فلان الشيء أي ضمه وملكه واحتازه والحوز الملك ، انظر : لسان العرب (٢٠٦/٧) .

(٧) ما بين المعكوفتين في (م) [أصال وأخوال] ، وفي (ن) ساقط .

(٨) هو أحمد بن محمد بن سلامة ... الطحاوي ولد عام ٢٣٩ هـ أخذ العلم عن عبد الغني بن رفاعة ، ويونس ابن عبد الأعلى ، والمزني وغيرهم وعنه أبو القاسم الطبراني ومحمد بن المظفر وغيرهم ، صنف التصانيف منها اختلاف العلماء ، أحكام القرآن ومعاني الآثار وغيرها مات ٣٢١ هـ ، انظر : سير أعلام النبلاء (٢٧/١٥) ، لسان الميزان (٢٧٤/١) لابن حجر العسقلاني ط بيروت ، المنتظم لابن الجوزي (٣١٨/١٣) ط بيروت ، النجوم الزاهرة لابن تغرى بردي (٢٣٩/٣) ط دار الكتب المصرية .

(٩) هو : عبد الله بن وهب بن مسلم ... الفهري ولد عام ١٢٥ هـ روي عن ابن جريج وحنظلة ابن أبي سفيان ، ومالك وغيرهم ، وعنه الليث بن سعد وحرملة بن يحيى ، ويونس بن عبد الأعلى وغيرهم مات عام ١٩٧ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٢٢٣/٩) ، طبقات ابن سعد (٥١٨/٧) ، ميزان الاعتدال (٥٢١/٢) ، الجرح والتعديل (١٨٩/٥) .

(١٠) ساقطة من (ن) .

(١١) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(١٢) انظر : شرح معاني الآثار للطحاوي (٨٨/٤) .

(١٣) انظر : المبسوط (٥٠/١٢) .

١٨٣٠٦ - وقال في اللفظ الثاني : جددتيه [(١)] فاعتبر الجد ليزول اتصاله [(٢)] بملك الواهب والإبضاع موجود في المشاع ، وهذه وصية أبي بكر ظاهرة بين الصحابة لم يخالف فيها أحد [(٣)] .

١٨٣٠٧ - فإن قيل : هبة أبي بكر للمشاع تدل على الجواز [(٤)] .

١٨٣٠٨ - قلنا : العقد عندنا جائز وإذا قسم قبل حكم ذلك العقد لزم وليس الخلاف في جواز العقد ، وإنما الخلاف في وقوع الملك [(٥)] .

١٨٣٠٩ - وروي عن عمر [(٦)] أنه قال [(٧)] : ما بال أقوام ينحلون أولادهم نحلًا لا يحوزونها ولا يقسمونها فيقول أحدهما : إن مت فهو له ، وإن مات رجع إليَّ ، وأيم الله لا ينحل أحدكم ولده نحلًا لا يحوزها ، ولا يقسمها إلا جعلناها ميراثًا عنه [(٨)] .

١٨٣١٠ - وقال معمر [(٩)] : سألت الزهري عن رجل وهب لابنه مائة دينار ،

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [أيضًا له] ولا وجه له .

(٣) قلنا ليس المانع هو القبض والحيازة وإنما المانع من الهبة هنا أن هذا المال حق الورثة بدليل قوله : وإنما هو اليوم مال الوارث .

(٤) أي أن هبة أبي بكر للمشاع تدل على جوازها سواء كانت مما تقبل القسمة أم لا ، انظر : المهذب (٤٤٧/١) .

(٥) الخلاف بين الحنفية والشافعية ليس في جواز العقد وإنما الخلاف في وقوع الملك ، فالحنفية ذهبوا إلى أن الموهوب له لا يملك الهبة المشاعة قبل تسليمها مفرزة وأما الشافعي فقال : الموهوب له في الهبة المشاعة يملكها إذا رضى الشريك بتسليم نصيبه في يد الموهوب له ليكون في يده وديعة حتى يتأتى القبض ثم يرده إليه ، فإن فعل فقبض الموهوب له الجميع ملك ، وإن امتنع قيل للموهوب له وكل الشريك في القبض لك ، فإن فعل نقله الشريك وقبضه له فإن امتنعا نصب الحاكم من يكون في يده لهما فينقله ليحصل القبض ، لأنه ضرر في ذلك عليهما انظر : فتح القدير (٢٨/٩) روضة الطالبين (٣٧٦/٣) وما بعدها .

(٦) هو : عمر بن الخطاب بن نفيل ... القرشي العدوى روى عن النبي ﷺ وعنه سعيد بن المسيب وعائشة وأبو هريرة وغيرهم أسلم قديمًا وهاجر الهجرة مناقبه أكثر من أن تحصى مات عام ٦٣ هـ انظر : أسد الغابة (١٧٨/٤) ، الاستيعاب (١١٤٤/٣) ، الإصابة لابن حجر العسقلاني (٥٨٨/٤) ط دار نهضة مصر .

(٧) ساقطة من النسخ وزدناها ليستقيم المعنى بها .

(٨) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (١٠١/٩) والبيهقي في السنن الكبرى (١٧٠/٦) . وقد نوقش هذا الاستدلال بما يلي : إن الأثر وارد في حكم الهبة قبل قبضها إذا مات الواهب أو الموهوب له ، ولأنه عقد يؤول إلى اللزوم فلم يبطل بموت أحد المتعاقدين ويقوم وارثه مقامه في الإذن بالقبض والفسخ - انظر : المجموع (٣٨٠/١٥) .

(٩) هو معمر بن راشد أبو عروة الأزدي ولد عام ٩٦ هـ روى عن قتادة والزهري وعمرو ابن دينار وغيرهم وعنه =

والابن شريك معه في ذلك المال فقال : لا يجوز ما لم يحز قضى بذلك أبو بكر وعمر [١] .

١٨٣١١ – ولا يجوز حمل الحيازة على القبض ؛ لأن الحيازة إذا ذكرت في المشترى وهب القسمة ، ولأنه وهب لا يتميز من غيره فيما يتميز ، فوجب أن لا يصح ، كما لو وهب أحد عبدين على أن يأخذ الموهوب له أيهما شاء [٢] .

١٨٣١٢ – ولأنه وهب غير محوز فيما تتأتى حيازته ، فلا يصح هبته كاللبن في الضرع ، والصوف على ظهر الشاه [٣] [٤] .

١٨٣١٣ – فإن قيل : المعنى في اللبن أنه ليس بمرئ [٥] بطل بالصوف ، وأن المعنى في اللبن أنه يجوز بيعه فجازت هبته [٦] .

١٨٣١٤ – قلنا : بموجبه أن الهبة عندنا جائزة ، وإن قالوا : يلزم بيعه فيلزم هبته لم يصح .

١٨٣١٥ – لأن الهبة لا تلزم بما يلزم به البيع ألا ترى أن البيع يلزم بالعقد ، والهبة لا تلزم به [٧] .

١٨٣١٦ – ولأنه نوع تبرع بالمال حال إظهاره من غير إتلاف ، فجاز أن تؤثر فيه الإشاعة كالمسجد [٨] .

١٨٣١٧ – ولأن الهبة لو صحت في المشاع للعمل بالقسمة [٩] أوجبت على الواهب ضمان المقاسمة ، والهبة لا توجب [١٠] الضمان على الواهب بدلالة أنها لو استحقت

= أبو إسحاق وابن المبارك وابن عطية وغيرهم ، قال العجلي : ثقة مات عام ١٥٢هـ انظر : سير أعلام النبلاء (٥/٧) ، تهذيب التهذيب لابن حجر العسقلاني (٢٤٥/١٠) ط الهند ، تذكرة الحفاظ للذهبي (١٩٠/١) ط بيروت .

(١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف باب العائد في هبته (١٠٧/٩) .

(٢) انظر : الفتاوى الهندية (٧٩/٤) ط الهند . (٣) انظر : المبسوط (٧١/١٢) .

(٤) وقد رد الشيرازي هذا القياس فقال : الصوف لا يجوز بيعه والمشاع يجوز بيعه ولأن هناك لو وهب مالا يمكن حيازته وهو يد الشاة أو رجليها لم يجز ولو وهب ههنا مالا يمكن حيازته وهو المشاع فيما لا ينقسم جاز انظر : النكت للشيرازي .

(٥) في (م) ، (ع) : [عرى] . (٦) انظر : مغني المحتاج (٣٩٩/٢) .

(٧) انظر : بدائع الصنائع (١١٥/٦) ، نتائج الأفكار (١٩/٩ ، ٢٠) .

(٨) انظر : رد المختار لابن عابدين (٣٦٩/٣) .

(٩) في (ع) : [القسمة] . (١٠) في (م) : [يوجب] .

فضمن الموهوب له لم يرجع [1] ولهذا لا تلزم [2] الهبة بالعقد .

١٨٣١٨ - ولأنها لو لزمت أوجبت ضمان التسليم ، وعكس هذا البيع لما أوجب ضمان التسليم [3] صح في المشاع ، وجاز أن يوجب ضمان القسمة [4] ، يبين ذلك أن العقد قد يوجب ضمان [القسمة ، وهو بيع المشاع الذي لا يحتمل القسمة ، والهبة التي لا توجب ضمان] [5] التسليم أولى أن لا توجب ضمان القسمة [6] .

١٨٣١٩ - فإن قيل : هذا المشاع فيما لا يحتمل القسمة [يجوز عندكم] [7] ، ويجب فيها المهايأة ، فإذا جاز أن توجب الهبة ضمان المهايأة جاز أن توجب ضمان القسمة .

١٨٣٢٠ - قلنا : المهايأة قسمة المنافع ، والمنافع ما ملكت بالهبة [8] ، وإنما ملكت بملك الأصل ، فلم تكن الهبة موجبة للضمان فيما وهب [9] .

١٨٣٢١ - أما الهبة فيما يقسم فالمملوك بها العين ، والضمان يجب بقسمة العين فثبت الضمان في العين التي حصل فيها الشيوع [10] .

١٨٣٢٢ - فإن قيل : ضمان القسمة لا يجب بالهبة ، وإنما يجب بملك الموهوب .

١٨٣٢٣ - قلنا : [ملك الموهوب] [11] يحصل بالتسليم ، وهو متبرع بالتسليم ، فلم يجز أن يلزمه ضمان فيما تبرع به لأجل تبرعه [12] .

١٨٣٢٤ - ولا يلزم إذا استردت [13] العين الموهوبة بعد تقبيضها ؛ لأنه لا يضمن

---

(١) قال في نتائج الأفكار لو ثبت الملك بمجرد العقد تتوجه المطالبة عليه بالتسليم فيؤدي إلى إيجاب التسليم على المتبرع وهو لم يتبرع به وإيجاب شيء لم يتبرع به يخالف موضوع بخلاف المعاوضات . انظر : نتائج الأفكار (٧٠/١٢) وقد رد الشيرازي هذا بقوله : القبض يتم دون القسمة ولهذا يتعلق بالمشاع جميع أحكام القبض في البيع فدل على تمامه . انظر : النكت للشيرازي

(٢) في (ع) : [يلزم] .

(٣) في (ن) ، (ع) : [الضمان بالتسليم] .

(٤) انظر : المبسوط (٦٥/١٢) ، نتائج الأفكار (٢٩/٩) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٦) انظر : المبسوط (٦٥/١٢) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط (م) ، (ن) ، (ع) .

(٨) ساقطة من (ص) .

(٩) انظر : المبسوط (٦٥/١٢) .

(١٠) في (م) ، (ن) ، (ع) : [التبرع] . انظر : المبسوط (٦٥/١٢) .

(١١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(١٢) انظر : المبسوط (٦٥/١٢) .

(١٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [استهلكت] .

لأجل تبرعه لكنه يضمن على ملك الموهوب [١] ، وذلك لا يتعلق بتبرعه .

١٨٣٢٥ - ولا يلزم على هذه الصفة الوصية بالمشاع ، لأنها لا توجب الضمان على الموصى ، وإنما توجب ضمان القسمة على الوارث كما توجب عليه [٢] ضمان التسليم [٣] .

١٨٣٢٦ - فإن قيل : هذه العلة لا توجد في هبة المشاع من الشريك [٤]

١٨٣٢٧ - قلنا : لا تجوز الهبة هناك لعلة أخرى ، وقد يتفق الحكم مع اختلاف العلل .

١٨٣٢٨ - احتجوا : بما روي أن النبي ﷺ اشترى سراويلًا فقال للوزان : زن وأرجح [٥] . فالرجحان هبة مجردة عن الثمن [٦] وهو مشاع [٧] .

١٨٣٢٩ - والجواب : أنه إنما أمر بالرجحان الذي يتيقن [٨] معه الإيفاء [٩] ، وليس ذلك بهبة ؛ ولأن الرجحان إذا كان مما لا يدخل بين الموازين فهو زيادة في الثمن عندنا وليس بهبة ، والزيادة لا تؤثر فيها الإشاعة .

١٨٣٣٠ - فإن قيل : هذا يوجب جهالة الثمن .

١٨٣٣١ - قلنا : الحق حاله لا يؤثر في الثمن المعين [١٠] ،

١٨٣٣٢ - قالوا : روي عن عمير بن سلمة الضميري [١١] أنه قال : بينما نسير مع

---

(١) انظر : المبسوط (٦٥/١٢) ، بدائع الصنائع (١٣١/٦) .

(٢) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٣) انظر : المبسوط (٦٦/١٢) .

(٤) أي أن هبة الشريك لشريكه لا توجب ضمان التسليم ، قال في الأم : وإذا كانت الداربين رجلين فوجب أحدهما لصاحبه نصيبه فقبض الهبة ، فالهبة جائزة والقبض أن تكون في يد الواهب فصارت في يد الموهوب له لا وكيل معه فيها أو يسلمه وبها ويخلى بينه وبينها فيكون لا حائل دونها وهو لا وكيل له فإذا كان هذا هكذا كان قبضًا ، والقبض في الهبات كالقبض في البيوع ، الأم (١٢/٧) .

(٥) أخرجه أبو داود في سننه كتاب الهبة (٦٣١/٣) ، والترمذي في جامعه باب ما جاء في الرجحان في الوزن (٥٩٨/٣) ، وابن ماجه في سننه باب في الرجحان بالوزن (٣٠/٢) ، والدارمي في سننه باب الرجحان في الوزن (٣٣٨/٢) ، وأحمد في مسنده حديث سويد بن قيس (٣٥٢/٤) ، والبيهقي في السنن الكبرى باب المعطى يعطى يرجح في الوزن والوزان يزن بالأجر (٣٢/٦) .

(٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [اليمين] ولا وجه له .

(٧) انظر : نهاية المحتاج (٤١٢/٥) .

(٨) في (م) ، (ع) : [يتقن] .

(٩) في (م) ، (ع) : [الأبناء] .

(١٠) انظر : الجوهر النقي (١٧١/٦) .

(١١) هو : عمر بن سلمه بن طلحة ... الضميري روي عن النبي ﷺ وعنه عيسى بن طلحة وغيره . انظر : أسد الغابة (٤٩٥/٤) ، تهذيب التهذيب (١٤٧/٨) .

رسول الله ﷺ بالروحاء [١] إذا حمار وحش فقال رسول الله ﷺ دعوه فإنه يوشك صاحبه أن يأتيه فجاءه رجل من بهز [٢] . فقال : هذه رمتى هي لكم [٣] .

١٨٣٣٣ - وروى أنه قال : شأنكم بها فأمر النبي ﷺ أبا بكر فقسمه بين الرفاق [٤] [٥] ، وهذه هبة مشاعة [٦]

١٨٣٣٤ - والجواب : أنه يحتمل [أن يكون] [٧] الحمار لم يمت عند الهبة فيكون هبة مشاع فيما لا يحتمل القسمة ، و [يجوز] [٨] عندنا أن البهزى [٩] قال : هي لك يا رسول الله ، فهذه هبة للنبي ﷺ والنبي وهبها [وأمر أبا بكر فقسمها فجازت بتسليم الأقسام إليهم من غير مشاع .

١٨٣٣٥ - ولأن عندنا هبة المشاع جائزة ، والملك فيها موقوف على القسمة ، وجواز الإشاعة] [١٠] ، وقد قسمه أبو بكر فزالت الإشاعة ، ووقع الملك من غير مشاع [١١] .

١٨٣٣٦ - ولأن العادة من تسليم المأكول أنه إباحة ، فقوله : هي لكم أكلها إباحة [١٢] والإباحة لا تؤثر فيها الإشاعة .

١٨٣٣٧ - [قالوا : كيف] [١٣] يجوز أن يقسم المباح ؟ .

١٨٣٣٨ - قلنا : إنما لا يجوز قسمة التمليك فإذا أفرد ولكل فريق ترضى بأكله

---

(١) الروحاء موضع والنسب إليه روحائي . انظر : لسان العرب (١٧٧١/١) .

(٢) هو : زيد بن كعب السلمي البهزي روى عن النبي ﷺ وعنه يحيى بن سعيد محمد بن إبراهيم وغيرهم . انظر : أسد الغابة (٢٩٧/٢) تهذيب التهذيب (٤٢٤/٣) ، الكاشف (٢٦٨/١) للذهبي ط دار المعارف سوريا .

(٣) أخرجه النسائي باب مالا يجوز أكله من الصيد (١٨٣/٥) .

(٤) الرفاق ، الجماعة ترافقهم في سفرك انظر : الصحاح (٤٩٦/١) .

(٥) أخرجه عبد الرزاق في المصنف باب الرخصة للمحرم في أكل الصيد (٤٣١/٤) والحاكم في المستدرك (٦٢٤/٣) ، ومالك في الموطأ باب ما للمحرم أكله من الصيد (٣٥٠/١) ، والبيهقي في السنن الكبرى (١٧٧/٦) .

(٦) انظر : المهذب (٤٤٦/١) ، المجموع (٣٧٣/١٥) ، المغني لابن قدامة (٢٥٤/٦) .

(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [كون] . (٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [يحتمل] .

(٩) في (م) ، (ن) : [النهري] .

(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(١١) انظر : بدائع الصنائع (١٢١/٦) ، وقد رد على هذه الاحتمالات التي أوردها الحنفية على الحديث بأن الحديث نص في جواز هبة المشاع مطلقًا ولأن القصد منه التمليك والمشاع كالمقسوم في ذلك انظر : المجموع (٣٧٣/١٥) .

(١٢) ساقطة من النسخ وزدناها ليستقيم المعنى بها .

(١٣) ما بين المعكوفتين في (م) ، (ن) ، (ع) : [فإن قيل] .

فذلك غير ممتنع ، ويأكل كل منهم ما أفرد له على حكم المبيح [١] ، وإنما الممتنع عليه قسمة التمليك .

١٨٣٣٩ - قالوا : روي أن رجلًا جاء إلى النبي ﷺ بكبة [٢] من شعر فقال : إني أخذت هذه من الغنم لأخيط [٣] بها برذعتي [٤] فقال رسول الله ﷺ : « أما نصيبي ، ونصيب بني هاشم فهو لك ، وشأنك في الباقي » [٥] وهذه هبة مشاع [٦] .

١٨٣٤٠ - قلنا : الغنائم [٧] لا تملك عندنا قبل القسمة ، وقوله : نصيبي لك إسقاط للحق وذلك يجوز في المشاع [٨] .

١٨٣٤١ - قالوا : كل عقد صح فيما لا يقسم ، صح فيما يقسم كالبيع [٩] .

١٨٣٤٢ - قلنا : المعنى في البيع أنه يجوز أن يوجب ضمان التسليم فجاز ، أن يوجب الضمان بالقسمة ، والهبة إنما توجب ضمان التسليم ، فلم يجز أن تقع على وجه يوجب الضمان بالقسمة .

١٨٣٤٣ - قالوا : ما جاز بيعه جازت هبته كالمقسوم [ولا يقف] [١٠] .

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [المبيع] .

(٢) الكب الشيء المجتمع من تراب وغيره انظر : اللسان (٣٨٠٤/٥) .

(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [لأحنط] .

(٤) البرذعة : كساء يلقى على ظهر الدابة . انظر المنجد : ٣٣ .

(٥) أخرجه أبو داود في سننه باب فداء الأسير بالمال ولفظه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده في هذه القصة قال : فقال رسول الله ﷺ : « ردوا عليهم نساءهم وأبناءهم فمن مسك بشيء من هذا الفيء فإن له به علينا ، ست فرائض من أول شيء يغيبه الله علينا » ثم دنا يعنى النبي ﷺ من بعير فأخذ دبرة من سنامة ، ثم قال : « يا أيها الناس إنه ليس لي من هذا الفيء شيء ولا هذا » ورفع إصبعيه « إلا والخمس مردود عليكم فأدوا الخياط والمخيط » فقام رجل في يده كبة من شعر فقال : أخذت هذه لأصلح بها بردعة لي ، فقال رسول الله ﷺ « أماما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لك » فقال : أما إذا بلغت ما أرى فلا أرب فيها ونبذها . سنن أبي داود ٣ / ١٤٢ و١٤٣ ، وأخرجه النسائي في سننه الكبرى (١٢٠/٤ ، ١٢٥) .

(٦) انظر : المغني مع الشرح الكبير (٢٥٤/٦ ، ٢٦٢) .

(٧) الغنائم : جمع غنيمة وهي ما يؤخذ من المحاربين في الحرب قهرًا ، انظر : المعجم الوسيط (٦٧٠/٢) .

(٨) انظر : المبسوط (٦٤/١٢) بدائع الصنائع (١٢١/٦) .

(٩) انظر : النكت ورقة ١٧٩ .

(١٠) ساقط من (ص) . انظر : المهذب (٤٤٦/١) ، المجموع (٣٧٣/١٥) ، المغني (١٢٥٤/٦) ، الشرح الكبير (٢٦٢/٦) .

١٨٣٤٤ - قلنا : المقسوم لا يقف قبضه على قبض ما لم يوهب ، فصحت هبته ، [والمشاع لا يمكن قبضه] [١] إلا بقبض ما لم يوهب على وجه يمكن إزالته ، فلم تصح هبته [٢] كهبة اللبن في الضرع ، وهبه عبد من عبدين [٣] .

١٨٣٤٥ - قالوا : كل عين [جازت هبتها جاز] [٤] هبة بعضها أصله : ما لم يقسم [٥] .

١٨٣٤٦ - قلنا : نقول بموجبه ؛ لأن عندنا يجوز هبه بعضها [٦] فجاز ذلك للحاجة ، وما ينقسم يمكن إزالة المشاع فيه بالقسمة ثم يسلمه تسليمًا صحيحًا ، فلذلك لن تصح معه الإشاعة [٧] .

١٨٣٤٧ - فإن قيل : القبض يصح في المشاع كما يصح في المقسوم بدلالة قبض المبيع [٨] .

١٨٣٤٨ - قلنا : البيع يقع الملك بالعقد ، والقبض يحتاج إليه [لنقل الضمان فيصح في المشاع والمقسوم وأما الهبة فبعضها تحتاج إليه] [٩] لصحة الملك فيقف على القبض ، والحيازة فيما يمكن حيازته بدلالة أن من اشترى طعامًا مكايلة لم يجز بيعه ، وإن قبضه حتى يكتاله فيحصل مع القبض حيازة [١٠] .

١٨٣٤٩ - فإن قيل : لو أثرت الإشاعة في قبض الهبة استوى ما يقسم وما لا يقسم كالرهن [١١] .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٣) انظر : البحر الرائق (٢٨٧/٧) ، مجمع الأنهر (٣٦٥/٢) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٥) انظر : النكت ورقة ١٧٩ .

(٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [بعض هبتها] .

(٧) انظر : المبسوط (٥٧/١٢) ، بدائع الصنائع (١٢٠/٦) ، البحر الرائق (٢٨٦/٧) مجمع الأنهر (٣٥٦/٢) .

(٨) أي أن القبض يصح في المشاع كما يصح في القبض المقسوم لأن المبيع لابد لأن يكون مقبوضًا . قال في المهذب : وما جاز بيعه من الأعيان جاز هبته ؛ لأنه عقد يقصد به ملك العين تملك به ما يملك بالبيع ولأن القصد منه التملك والمشاع كالمقسوم في ذلك انظر : المجموع (٣٧٥/١٥) .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط في (م) ، (ن) ، (ع) .

(١٠) انظر : تبيين الحقائق (٧٩/٤ ، ٨٠) .

(١١) الرهن لغة الحبس . وفي الشرع حبس الشيء بحق يمكن أخذه منه كالدين والمراد أن الرهن لا تؤثر فيه الإشاعة سواء كان مقسومًا أو غير مقسوم ولا يؤثر في قبضه أيضًا . انظر : المغرب (٣٥٦/١) ، التعريفات للجرجاني ٧٨ ، الأم (١٢٥/٣) .

١٨٣٥٠ - قلنا : قد بينا أن الحاجة داعية إلى هبة المشاع فيما [1] لا يقسم ، ولا يمكن إزالته ، ولا ضرورة في الرهن ؛ لأنه يقدر أن يستعير ملك شريكه [ويرهن الجميع فالأصل هبة مالك الشريك] [2] فلذلك افترقا [3] .

١٨٣٥١ - قالوا : لو وهب اثنان من واحد [جاز فكل واحد] [4] وهبه [5] مشاعًا [6] .

١٨٣٥٢ - قلنا : إن تفرق القبض لم يجز ، وإن قبض النصيبين معًا فقد حصل قبضه ، منفعة المشاع فالمنفعة عندنا زوال الإشاعة في القبض ، وإن عدمت في العقد [7] ولو وهب نصف دار ثم وهب النصف الآخر ثم أقبضه جاز لزوال الإشاعة عن [8] القبض وإن وجدت في العقد [9] .

* * *

(١) في (ع) : [فقالا] .
(٢) ما بين المعكوفتين ساقط في (م) ، (ن) ، (ع) .
(٣) انظر : المبسوط (٦٧/١٢) .
(٤) ما بين المعكوفتين ساقط في (م) ، (ن) ، (ع) .
(٥) ساقطة من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٦) انظر : الأم (٢٨٤/٣) .
(٧) انظر : المبسوط (٢٦٧/١٢) .
(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [في] .
(٩) انظر : بدائع الصنائع (١٢١/٦) .

مسألة ٩١٩

حكم الرقبى

١٨٣٥٣ - قال أبو حنيفة ومحمد : الرقبى [١] باطلة [٢] .

١٨٣٥٤ - وقال أبو يوسف : جائزة [٣] .

١٨٣٥٥ - وبه قال الشافعي [٤] .

١٨٣٥٦ - وهذه المسألة إذا فسرت سقط الخلاف ، فعندنا معنى الرقبى [٥] أن يقول : إن متَ قبلي فهي [٦] لي ، وإن متُّ قبلك فهي لك [٧] .

١٨٣٥٧ - وقال الشافعي : الرقبى أن يقول : داري هذه لك رقبى معناه : يرقب كل منا صاحبه ، فإن متَ [قبلى عادت إلّي وان مت قبلك فهي لك] [٨] ، فسقط الشرط [٩] ، وتصح الهبة في قوله الجديد .

١٨٣٥٨ - [وهي فاسدة في قوله القديم] [١٠] وهذا الذي فسره عندنا جائز [١١] ،

---

(١) في النسخ [الرقبة] ولا يتفق مع ما تتطلبه المسألة حيث أن الرقبة تطلق على العبد المملوك والرقبى يراقب كل واحد منهما موت صاحبه . انظر : المنجد ٢٧٤ .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ١٣٩ ط بيروت ، المبسوط (٨٩/١٢) ، بدائع الصنائع (١١٧/٦) البناية شرح الهداية (٨٦١/٧) . وبه قال الشافعي في القديم والإمام مالك انظر : مواهب الجليل (٦١/٦) ، أسهل المدارك (٩٨/٣) شرح الزرقاني (١٠٤/٧) ، مغني المحتاج (٣٩٩/٢) ، نهاية المحتاج (٤١٠/٥) .

(٣) انظر : المبسوط (٨٩/١٢) ، البناية (٨٦١/٧) .

(٤) وبه قال الإمام أحمد . انظر : المبدع (٣٦٨/٥) ، الفروع (٣٠٧/٤) ، المهذب (٤٤٨/١) ، روضة الطالبين (٣٧٠/٥) .

(٥) في (م) ، (ن) : [الرقبة] .

(٦) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٧) انظر : أنيس الفقهاء ٢٥٧ ، المبسوط (٨٩/١٢) ، فتح القدير (٥٥/٩) .

(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [عادت إلى قبلك] ولا وجه له

(٩) انظر : المهذب (٤٤٨/١) ، روضة الطالبين (٣٧٠/٥) ، مغني المحتاج (٣٩٩/٢) ، نهاية المحتاج (٤١٠/٥) .

(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

(١١) أي أن الحنفية والشافعية يتفقان في قوله : « داري لك رقبى تمليك فإن مت قبلي فهو لي ، وإن مت قبلك فهي لك » فهذا التمليك يصح ؛ لأن قوله : داري لك تمليك فيصح العقد ويبطل الشرط انظر : الهداية (٢٣٠/٣) .

وإنما تمنع ما فسرناه وهو لا يجوز [١] .

٢٠١/أ ١٨٣٥٩ - والدليل على ما قلنا : هو [٢] إن النبي ﷺ / أجاز العمرى وأبطل الرقبى [٣] .

١٨٣٦٠ - ولأن الملك تعلق بحضور الأملاك في حال الحياة ، ولا يجوز تعليقها بالأخطار .

١٨٣٦١ - ولأنه أرقبه عينًا فلم يملكها أصلًا إذا قال : أرقبتك ما في هذا البيت .

١٨٣٦٢ - ولأنه نوع عقد يجوز للأب الرجوع فيه بعد القبض ، ولا يملك به غير العارية [٤] .

١٨٣٦٣ - قالوا : روى جابر [٥] أن النبي ﷺ قال : « العمرى جائزة لأهلها [والرقبى جائزة لأهلها] » [٦] [٧] وروى عطاء [٨] عن جابر أن النبي ﷺ قال : « لا ترقبوا ولا تعمروا ، فمن أرقب شيئًا أو أعمره فهو لورثته » [٩] .

---

(١) قول الحنفية بالبطلان بناء على تفسيرهم للرقبي بأن الرقبة مأخوذ من المراقبة ، أي أن كل واحد منهما يراقب موت صاحبه وهذا تعليق التمليك بالخطر فيبطل وإذ لم تصح فتكون عارية عندهما ؛ لأنه يتضمن إطلاق الانتفاع به . انظر : الهداية (٢٣٠/٣) .

(٢) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٣) أورده الزيلعي في نصب الراية بلفظ : أجاز العمرى ورد الرقبى قال الزيلعي : غريب انظر نصب الراية (١٢٨/٤) وقال ابن قدامة في المغني (٣١٢/٦) هذا الحديث لا نعرفه .

(٤) قال في بدائع الصنائع : فكانت الرقبى تعليق التمليك بأمر له خطر الوجود والعدم والتمليكات مما لا تحتمل التعليق بالهبة فلم تصح هبة ، وصحت عارية بدائع .

(٥) هو جابر بن عبد الله بن حرام ... الأنصاري روى عن النبي ﷺ وأبي بكر وعمر وعليٍّ وغيرهم وعنه عطاء بن رياح والحسن البصري وأبو الزبير وغيرهم كان من أهل بيعة الرضوان وشهد مع رسول الله ﷺ ثماني عشرة غزوة مات عام (٧٨) هـ

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع)

(٧) أخرجه البخاري باب ما قيل في العمرى والرقبى (٩٢٥/٢) ، صحيح مسلم باب ذكر اختلاف الناقلين لخبر جابر في العمرى (٢٧٤/٢) .

(٨) هو عطاء بن رباح أبو محمد القرشي المكي ولد في خلافة عثمان روى عن جابر بن عبد الله وعبد الله بن عباس وعائشة وغيرهم وعنه مجاهد بن جابر وأبو إسحاق السبيعي وعمرو بن دينار وغيرهم مات عام (١٢٤ هـ) انظر : أسد الغابة (٢٥٦/١) ، شذرات الذهب (٨٤/١) ، التاريخ الكبير (٢٠٧/٢) .

(٩) انظر : مغني المحتاج (٣٩٨/٢) . المغني لابن قدامه (٣٠٣/٦) ، والحديث أخرجه أبو داود في سننه (١٣٠/٣) ، والنسائي في الكبرى (١٣٠/٦) ، وابن حبان في صحيحه باب الزجر عن أن يعمر الرجل داره لأخيه المسلم (٥٢٩/١١) ، والبيهقي في السنن الكبرى (١٧٥/٦) قال في تلخيص الحبير (١٥٧/٤) .

١٨٣٦٤ - قلنا : إن هذا محمول على الرقبى التي أرقب فيها الفسخ [1] وذلك جائز عندنا ، وإنما يمنع بما يرقب فيه الملك [2] .

١٨٣٦٥ - فإن قيل : فلم فصل النبي ﷺ بين الاسمين [3] .

١٨٣٦٦ - قلنا : يجوز أن يكون ذكر في حالتين فروى فجمع الراوي بينهما أو يكون القوم يعبرون عن العقد تارة بالرقبى فبين [النبي ﷺ] [4] حكم اللفظين [5] ، ففي الكلام الاسم اعتبرناه فيه أولى ، لأنا وجدنا الأسماء تختلف في العقود لاختلاف معناها ، فلما فرقوا بين اسم العمرى والرقبى [6] دل على [7] أن الاختلاف يعود إلى افتراق معنًى وهنا يصح على قولنا .

* * *

---

(١) الفسخ : فسخ الشيء يفسخه فسخًا نقضه ومنه فسخت البيع بين البعتين والنكاح فانفسخ كلاهما أي نقضه فانتقض . انظر : اللسان (٣٤١٢/٥) .

(٢) أي : أن هذا المحمول على الرقبي هي المقصود منها مراقبة الموت التي يترتب عليها الملك لا يجوز ولا خلاف بين الحنفية جميعًا بما فيهم الإمام أبي يوسف أن الرقبى مستعملة في اللغة في هبة الرقبة وينبغي أن ينوي فإن عنى بها هبته الرقبة يجوز بلا خلاف ، وإن ، عنى بها مراقبة الموت لا يجوز بلا خلاف .
انظر : بدائع الصنائع (١١٧/٦) ، المبسوط (٨٩/١٢) .

(٣) انظر : مغنى المحتاج (٣٩٩/٢) .

(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [عليه السلام] .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (١١٦/٦) ، البناية (٨٦٢/٧) .

(٦) أي أن العمرى والرقبى اسمان مختلفان لفظًا ومعنًى ؛ لأن قوله جعلت هذه الدار لك أو هي لك تمليك العين للحال مطلقًا ، ثم قوله عمرى توقيت التملك وأنه يعتبر لمقتضى العقد ، وكذلك تمليك الأعيان لا يحتمل التوقيت نص كالبيع فكان التوقيت مخالفًا لمقتضى العقد والشرع فبطل وبقى العقد صحيحًا وإن كانت القرينة شرطًا نظر إلى الشرط المقرون فإن كان مما يمنع وقوع التصرف تمليكًا للحال يمنع صحة الهبة وإلا فيبطل الشرط وتصح الهبة ، وعلى هذا يخرج ما إذا قال : « أرقبتك هذه الدار » أو صرح فقال : جعلت هذه الدار لك رقبى ، أو قال : هذه الدار لك رقبى ودفعها إليه فهي عارية في يده له أن يأخذها منه متى شاء وهذا قول أبي حنيفة ومحمد ؛ لأن اللفظ عندهما من المراقبة كأنه يراقب موته ، وهذا تعليق التمليك بالخطر فيبطل وإذا لم تصح فتكون عارية عندهما . انظر : بدائع الصنائع (١١٦/٦ ، ١١٧) ، الهداية (٢٣٠/٣) .

(٧) ساقطة من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

هبة الأب لابنه وحكم الرجوع فيها

١٨٣٦٧ - قال أصحابنا : إذا وهب الأب لابنه لم يصح له الرجوع ، وكذلك كل ذي رحم محرم [١] .

١٨٣٦٨ - وقال الشافعي : - يجوز للأب الرجوع فيما وهب لولده ، وكذلك الجد ، وكذلك الأم والجدات [٢] .

١٨٣٦٩ - لنا : ما روى حماد بن سلمة [٣] ، عن قتادة [٤] ، عن الحسن [٥] ، عن سمرة [٦] أن النبي ﷺ قال : « إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها » [٧] .

---

(١) ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) انظر : المبسوط (٥٢/١٢) ، بدائع الصنائع (١٢٨/٦) ، الهداية (٢٢٨/٣) ، البناية بشرح الهداية للبدر العيني (٢٣٨/٩) ، مجمع الأنهر (٣٥٩/٢) .

(٢) وبه قال الإمام مالك إذا كان الواهب جدا أو جدة أما الأب والأم فلا يجوز الرجوع وبه قال أحمد في رواية وهي المذهب . انظر : بداية المجتهد (٤٠٦/٢) ، مواهب الجليل (٦٣/٦) ، المغني (٢٩٥/٦) ، المقنع (٣٤٠/٢) . وبه قال الإمام أحمد في الرواية الثانية . انظر : المهذب (٤٤٧/١) ، روضة الطالبين (٣٧٩/٥) ، مغني المحتاج (٤٠٠/٢) ، المقنع (٣٤٠/٢) ، الشرح الكبير (٢٧٧/٦) .

(٣) هو : حماد بن سلمة بن دينار البصري روى عن ابن أبي مليكة وثابت البناني وسماك بن حرب وغيرهم وعنه ابن جريج وابن المبارك وغيرهم وثقه ابن معين مات عام ١٦٧ هـ . انظر : طبقات ابن سعد (٢٨٢/٧) ، التاريخ الصغير (١٦٨/٢) ، العبر للذهبي (١٩٠/١) .

(٤) هو : قتادة بن دعامة السدوسي ولد عام ٦١ هـ ، روى عن أنس بن مالك ، والحسن وأبي العالية وغيرهم وعنه سعيد بن أبي عروة وحماد بن سلمة وغيرهم مات عام ١١٧ هـ . انظر : تهذيب الكمال (١١٢١/٢) ، معرفة الثقات (٣٢١/٥) رجال صحيح مسلم (١٤٩/٢) .

(٥) هو : الحسن بن أبي الحسن يسار أبو سعيد ، مولى زيد بن ثابت الأنصاري روى عن عمران بن حصين ، والمغيرة بن شعبة وسمرة بن جندب وغيرهم ، وعنه أيوب وشيبان ، وغيرهم مات عام ١١٦ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٤٥٦/٥) .

(٦) سمرة بن جندب بن هلال الفزاري روى عن النبي ﷺ وعنه ابنه سليمان والحسن البصري وابن سيرين ووغيرهم مات عام ٥٨ هـ . انظر : طبقات ابن سعد (٣٤/٦) ، التاريخ الكبير (١٧٦/٤) ، سير أعلام النبلاء (١٨٣/٣) ، مرآة الجنان (١٣١/١) .

(٧) أخرجه الدارقطني في السنن (٤٤/٣) ، والبيهقي في السنن الكبرى (١٨١/٦) ، والحاكم في المستدرك (٥٢١/٢) .

١٨٣٧٠ -- ولأنه ذو رحم محرم من النسب ، فلا يرجع فيما وهب له كالإبن إذا وهب لأبيه (١) .

١٨٣٧١ - ولا يلزم إذا وهب لأخيه وهو أجنبي ؛ لأن الأصل والفرع يستويان (٢) وإن احترزت فعل فلا يرجع فيما ملكه عليه بالهبة كالإبن فيما (٣) وهب لأبيه ، ولأن كل شخصين إذا وهب أحدهما الآخر لم يجز له الرجوع فيها ، فإذا وهب الآخر له لم يجز له أيضًا كالآخرين (٤) .

١٨٣٧٢ - ولا يلزم هبة العين للفقير ؛ لأنه إذا وهب لا على وجه الصدقة جاز له الرجوع كما يجوز للفقير أن يرجع فيما وهب له .

١٨٣٧٣ - ولأنه يعتق عليه إذا ملكه فلا يجوز له الرجوع فيما ملكه عليه بالهبة أصله : ما وهب الابن للأب (٥) .

١٨٣٧٤ - احتجوا : بما روى عمرو بن شعيب (٦) عن طاووس (٧) عن عبد الله بن عباس (٨) وعبد الله بن عمر (٩) عن النبي ﷺ أنه قال : « لا يحل لرجل أن يعطي عطية

---

(١) قال في المبسوط : « ولأن الهبة قد تمت لذي الرحم المحرم ملكًا وعقدًا فلا يملك الرجوع فيه كالابن إذا وهب لأبيه أو الأخ لأخيه ؛ وهذا لأن المقصود قد حصل وهو صلة الرحم ، ولأن الرجوع معنى قطعية الرحم وهذا موجود وفي حق الوالد مع ولده ؛ لأنه بالرجوع يحمله على العقوق وإنما أمر الوالد أن يحمل ولده على يده » . انظر : المبسوط (٥٥/١٢) .

(٢) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [إذا] .

(٤) انظر : المبسوط (٥٣/١٢) .

(٥) أي أن الهبة قد تمت لذي الرحم المحرم ملكًا وعقدًا فلا يملك الرجوع فيه كالابن إذا وهب لأبيه . انظر : المبسوط (٥٥/١٢) .

(٦) هو : عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن العاص روى عن أبيه ، وسعيد بن المسيب ومجاهد وغيرهم وروى عنه الزهري وقتادة وعمرو بن دينار وغيرهم مات عام ١٢٨ بالطائف . انظر : التاريخ الكبير (٣٣٥/٤) ، الجرح والتعديل (٩٦/٥) .

(٧) هو : طاووس أبو عبد الرحمن اليماني روي عن عبد الله بن عباس وغيره وعنه عمرو بن شعيب وقتادة وغيرهم قال عمرو بن دينار ما رأيت أحدا في العلم مثله مات عام ١٠٦ هـ . انظر : طبقات ابن سعد (٥٣٧/٥) ، التاريخ الكبير (٣٦٥/٤) ، العبر للذهبي (٩٩/١) .

(٨) هو : عبد الله بن عباس بن عبد المطلب الهاشمي روى عن النبي ﷺ عمر ، وعلى وروى عنه أنس بن مالك وابنه علي ، وعبد الله بن معبد وغيرهم مات عام ٧٨هـ . انظر : الجرح والتعديل (١١٦/٥) ، تاريخ بغداد (١٧٣/١) ، أسد الغابة (٢٩٠/٣) .

(٩) هو عبد الله بن عمر بن الخطاب القرشي روى عن النبي ﷺ ، وأبي الزبير المكي وغيرهم وعنه منصور بن =

أو يهب [١] هبة فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي لولده » [٢] .

١٨٣٧٥ - الجواب : أن هذا الخبر تكلم عليه أصحاب الحديث وقالوا : رواه ابن جريج [٣] عن الحسين بن مسلم [٤] عن طاووس عن النبي ﷺ مرسلًا وهذا الطريق أحسن وأصح [٥] .

١٨٣٧٦ - ولهذا قال الشافعي : لو اتصل حديث طاووس لقلت به [٦] .

١٨٣٧٧ - قالوا : روى سالم [٧] عن ابن عمر قال : [سمعت عمر يقول :] [٨] من

= سلمة الخزاعي ويونس المؤدب وابن شهاب وغيرهم مات عام ١٧١ هـ ، انظر : العبر للذهبي (٢٠٠/١) ، التاريخ الكبير (١٤٥/٥) ، شذرات الذهب (٢٧٩/١) ، سير أعلام النبلاء (٣٣٩/٧) .

(١) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٢) انظر : النكت للشيرازي ، الحاوي (٦٨/١٠) ، مغني المحتاج (٤٠١/٢) ، والحديث أخرجه أبو داود في سننه (٢٩١/٣) ، باب الرجوع في الهبة ، والترمذي في سننه (٥٨٤/٣) ، باب ما جاء في الرجوع في الهبة وقال إسناده حسن صحيح والنسائي في السنن الكبرى (١٢١/٦) باب رجوع الوالد فيما يعطي لولده ، والحاكم في المستدرك (٤٦/٢) ، والدارقطني في سننه (٤٢/٣) ، وابن أبي شيبة في مصنفه (٤٧٦/٦) ، باب من كره الرجوع في الهبة ، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٧٩/٤) باب الرجوع في الهبة .

(٣) هو : عبد الملك بن عبد العزيز بن جريج الرومي روى عن مجاهد ، وعطاء بن أبي رياح وعمرو بن شعيب وغيرهم وروى عنه مسلم بن خالد ، وابن عليه ، ووكيع وغيرهم مات عام ١٥٠ هـ . انظر : تذكرة الحفاظ (١٦٩/١) ، سير أعلام النبلاء (٣٢٥/٦) التاريخ الصغير (١٠٤/٢) ، التاريخ الكبير (٤٢٢/٥) .

(٤) هو : الحسين بن مسلم الحنفي الكوفي روى عن معمر والحكم بن أبان ، وروى عنه أبو كريب والأشبح ، وإسماعيل بن موسى ، وابن أبي شيبة وغيرهم قال البخاري مجهول . انظر : تقريب التهذيب ص ١٦٨ ، الكاشف (١٧٢/١) .

(٥) قلنا : ابن جريج كان يدلس وقد ذكر ذلك ابن حجر في تقريب التهذيب ٣٦٣ ، وقال البيهقي : هذا حديث منقطع . انظر : السنن الكبرى (١٧٩/٦) .

(٦) انظر : الحاوي الكبير (٦٩/١٠) . ويجاب عن استدلالهم هذا بأنه محمول على النهي عن شراء الموهوب لكنه سماه رجوعًا مجازًا لتصوره بصورة الرجوع ، وقال الطحاوي : قوله : لا يحل ، أي لا يستلزم التحريم وهو كقوله لا تحل الصدقة لغنى وإنما أراد التغليظ في الكراهة ، وقوله : كالعائد في هبته وإن اقتضى التحريم لكون القيء حرامًا ، لكن الزيادة في الرواية الأخرى وهي كالكلب يدل على عدم التحريم لأن الكلب غير متعمد فالقيء ليس حرامًا عليه وإنما المراد التنزيه عن فعل الكلب انظر : بدائع الصنائع (١٣٢/٦) .

(٧) هو : سالم بن عبد الله بن عمر القرشي روى عن أبيه وعائشة وزيد بن الخطاب وغيرهم روى عنه أبو بكر وسالم بن أبي الجعد وعمرو بن دينار والزهري وغيرهم . انظر : سير أعلام النبلاء (٤٥٧/٤) ، العبر للذهبي (٩٩/١) ، وفيات الأعيان (٣٤٩/٢) شذرات الذهب (١٣٣/١)

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

وهب هبة فهو أحق بها حتى يثاب منها بما يرضى [١] .

١٨٣٧٨ - ولو كان سمع من رسول الله ﷺ خلاف [٢] ما سمعه من أبيه لروى ما سمعه ولا يرجع إليه ، ولو ثبت لم يكن فيه دليل .

١٨٣٧٩ - لأنه يقتضي تحريم الرجوع في الموهوب إلا على الأب ، وكان يقول : لأن الأجنبي [لا يحل له] [٣] الرجوع حتى يوافقه الموهوب له على الفسخ ، أو يحكم بذلك حاكم إلا الأب فإنه يجوز أن يرجع فيأخذ ما وهبه بغير حكم ، ولا رضا للنفقة على نفسه عند الحاجة [٤] .

١٨٣٨٠ - فقد قلنا بالظاهر وأثبتنا الفرق بين الأب والأجنبي على ظاهر الخبر [٥] .

١٨٣٨١ - فإن قيل : ليس لتخصيص الأجنبي من مال كما وهبه الأب له معنى لا يجوز له الأخذ من كل ماله .

١٨٣٨٢ - قلنا : فائدة التخصيص التفريق بين الأجنبي والأب فيما وهباه [٦] .

١٨٣٨٣ - احتجوا : بما روي عن النعمان بن بشير [٧] قال : ذهب بي أبي إلى النبي ﷺ فقال : يا رسول الله إني نحلت ابني هذا غلاما فجئت لأشهدك عليه فقال : « أكل ولدك نحلت مثل هذا ؟ » قال : لا فقال : النبي [٨] ﷺ : « لا » [٩] .

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك (٥٢/٢) ، والبيهقي في السنن الكبرى (١٨١/٦) ، الطحاوي في شرح معاني الآثار (٨١/٤) باب الرجوع في الهبة .

(٢) ساقطة من (ن) .

(٣) في (ع) : [لا تحل] .

(٤) انظر : المبسوط (٥٤/١٢) ، بدائع الصنائع (١٢٨/٦) .

(٥) أي أن المقصود من الهبة بين ذوى الرحم هو صلة الرحم وفي الرجوع يؤدي إلى قطيعة الرحم أما في هبة الأجنبي المقصود بها إظهار الجود والسخاء والتودد فإذا رجع فله ذلك ما لم يأخذ عوضًا عن هبته . انظر : المبسوط (٥٤/١٢ ، ٥٥) .

(٦) انظر : المبسوط (٥٣/١٢) ، بدائع الصنائع (١٢٨/٦) .

(٧) هو : النعمان بن بشير بن سعد روى عن النبي ﷺ ، وروى عنه الشعبي وحميد بن عبد الرحمن والزهري وغيرهم ، قتله خالد بن خلي بعد واقعة مرج راهط سنة أربع وستين . انظر : الإصابة (٥٥٩/٣) شذرات الذهب (٧٢/١) ، الجرح والتعديل (٤٤٤/٨) التاريخ الكبير (٧٥/٨) .

(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [رسول الله] .

(٩) انظر : الحاوي الكبير (٦٨/١٠) ، المهذب (٤٤٦/١) والحديث أخرجه البخاري في صحيحه (٦١٣/٢) ، ومسلم في صحيحه (١٢٤٤/٣) .

١٨٣٨٤ - وروى أنه قال : « فاردده »[(١)] ، وروي : « فأرجعه » ، وروي : « هذا جور فأشهد عليه غيري »[(٢)] .

١٨٣٨٥ - وهذا يدل على أن للوالد أن يرجع فيما وهب ؛ لأنه قال : « اردده » أو قال : « أرجعه » .

١٨٣٨٦ - والجواب : أن هذا الخبر اختلف في متنه فروى الشعبي[(٣)] عن النعمان ابن بشير بقوله : أعطاني أبي عطية فقالت أمي عمرة بنت رواحة[(٤)] لا أرضى حتى تشهد رسول الله ﷺ فأتى رسول الله ﷺ فقال : إني أعطيت ابني من عمرة عطية وأني أشهدك . فقال : « أكل ولدك أعطيت مثل هذا ؟ » قال : لا . قال : « فاتق الله ، واعدلوا بين أولادكم »[(٥)] .

١٨٣٨٧ - وليس في هذا ذكر الرد ، ولا الرجوع فتعارضت الألفاظ في رواية النعمان بن بشير ، وروى أبو الزبير[(٦)] عن جابر : قال : قالت امرأة بشير لبشير[(٧)] : انحل ابني غلامك وأشهد رسول الله ﷺ قال : فأتى النبي ﷺ فقال : يا رسول إن ابنة فلان سألتني أن أنحل ابنها غلامي وقالت لي : أشهد رسول الله ﷺ فقال : « أله

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه باب كراهية تفضيل بعض الأولاد في الهبة ج (١٢٤٧/٢) .

(٢) صحيح مسلم (١٢٤٧/٢) .

(٣) هو : عامر بن شراحيل بن عبد بن ذي بكار ... الشعبي ولد عام ٢١ - روي عن سعيد بن أبي وقاص وأبي موسى الأشعري وعائشة وغيرهم ، وروى عنه ابن شبرمة ، وابن عيينة وأبو عوانة وغيرهم مات عام ١٠٤هـ انظر : طبقات الحفاظ ص ٣٢ ، سير أعلام النبلاء (٢٦٩/٥) ، شذرات الذهب (١٢٦/١) ، تذكرة الحفاظ (٧٤/١) .

(٤) هي : عمرة بنت عبد الرحمن بن سعد الأنصارية روت عن عائشة وروى عنها ابنها محمد وأبو بكر بن حزم والزهري ماتت عام ٩٨ هـ . انظر : طبقات ابن سعد (٤٨٠/٨) ، سير أعلام النبلاء (٥٠٧/٤) ، شذرات الذهب (١١٤/١) .

(٥) صحيح مسلم باب كراهية تفضيل بعض الأولاد في الهبة (١٢٤٧/٢) .

(٦) هو : محمد بن مسلم بن تدرس أبو الزبير المكي روى عن جابر بن عبد الله وابن عباس وغيرهم ، وروى عنه سلمة بن كهيل ويحيى بن سعيد الأنصاري والأوزاعي وغيرهم ، قال يحيى بن معين ثقة مات عام ١٢٨هـ . انظر : تهذيب التهذيب (٢٢٥/٨) ، الثقات للعجلي ١٥٦ .

(٧) بشير بن سعد بن ثعلبة بن خلاش روي عن النبي ﷺ ، وروي عنه عروة بن الزبير ومحمد بن عبد الرحمن بن عوف وغيرهم وشهد المشاهد كلها مع رسول الله ﷺ . انظر : طبقات ابن سعد (٥٣١/٣) أسد الغابة (٢٣١/١) ، الكاشف (١٠٥/١) ، تهذيب التهذيب (٤٦٤/١) .

أخوة ؟ » قال : نعم قال : « أكلهم أعطيته ؟ » قال : لا قال [١] : « فإن هذا لا يصلح وإني لا أشهد إلا على حق » [٢] .

١٨٣٨٨ - وهذا يدل على أن مسألة بشير كانت قبل أن يفعل شيئًا ، وهذا خلاف ما رواه النعمان ، وحديث جابر أولى بالقبول لأنه كان حينئذ رجلًا ، وكان النعمان صبيًّا صغيرًا .

١٨٣٨٩ - ولأن أمر ضبط جابر لما سمعه ، ولا يظن مثل ذلك بالنعمان ، فالرجوع إلى رواية [٣] جابر أولى [٤] .

١٨٣٩٠ - وقد روي أن النعمان خطب بالكوفة [٥] ، وذكر القصة إلى قول رسول الله ﷺ : « إني لا أشهد على جور » قال النعمان : فرجع أبي في وصيته ، وهذا يدل على أنه كان على وجه الوصية ، والرجوع عن الوصية جائز [٦] .

١٨٣٩١ - وقد أجاب أصحابنا عن هذا الخبر بأنه يحتمل أن يكون لم يقبضه ؛ فلذلك يجوز له الرجوع [٧] .

١٨٣٩٢ - قالوا : قوله فاردده يدل على القبض [٨] .

١٨٣٩٣ - قلنا : يكون معناه : اردد العقد ، وارجع عنه [٩] .

١٨٣٩٤ - قالوا : النعمان كان صغيرًا ، لأنه أول من ولد بعد الهجرة من الأنصار ويكون الوالد قابضًا له عقب الهبة [١٠] .

١٨٣٩٥ - قلنا : قد يهب ، ولا يصير قابضًا إذا كان العبد موهوبًا أو مؤجرًا ، أو يجوز أن يقال أن بشيرًا أراد أن يعرف الحكم ، فوهب هبة لم يمضوا حتى

---

(١) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب ص واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) صحيح مسلم باب كراهية تفضيل بعض الأولاد في الهبة (١٢٤٤/٣) .

(٣) في (م) : [ولاية] .

(٤) انظر : المبسوط (٥٥/١٢ ، ٦١) .

(٥) الكوفة بضم الكاف : المصر المشهور بأرض بابل من سواد العراق . انظر : معجم البلدان (٤٩٠/٤) .

(٦) نقول إنه يحتمل أنه كان قد وهبه بطريق الوصية منه بعد موته ويجوز الرجوع في الوصية والدليل عليه أن النعمان بن بشير ﷺ قال فرجع أبي في وصيته ، والدليل أن الرسول ﷺ لم يجز للنعمان في ذلك باعتباره وارثًا والرسول ﷺ يقول فيما يرويه ابن ماجه في سننه عن أبي أمامة : « إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث » . انظر : سنن ابن ماجه (٩٠٥/٢) .

(٧) انظر : المبسوط (٥٦/١٢) .

(٨) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٧٨ ، مغني المحتاج (٤٠٠/٢) .

(٩) انظر : المبسوط (٥٦/١٢) .

(١٠) انظر : المجموع شرح المهذب (٣٧١/١٥) .

يعرف [(١)] حكمها فلم يصر قابضًا لها عقب العقد ؛ لأن الأب إذا قال : أنا أهب لابني الصغير هذا العبد [(٢)] ، ولا أمضي الهبة حتى أنجز لم يصر قابضًا عقب العقد ، حكمه حكم من وهب لأجنبي ثم قال له : سلم الهبة وديعة لي لم يصر قابضًا بذلك ولا يملك ، وإذا احتمل الخبر هذا سقط التعلق به .

١٨٣٩٦ - قالوا : اتفقنا على جواز الرجوع في الهبة فجوزتم ذلك للأجنبي .

١٨٣٩٧ - ونحن قلنا : يجوز للأب فكان الأب أولى ؛ لأن منزلة الاختصاص مع الولد ما ليس للأجنبي فإثبات الرجوع له أولى [(٣)] .

١٨٣٩٨ - قلنا : الأب وصل رحم ابنه بهبته له ، وفي عوده قطع للرحم ، وليس في رجوع الأجنبي قطع الرحم ، وهبة الابن حصل فيها الثواب الكامل ، وذلك لا يوجد في هبة الأجنبي فلذلك اختلفا [(٤)] .

١٨٣٩٩ - قالوا هبة لمن جعل ماله له فكان الرجوع فيها ما لم يتعلق بها حق الغير قياسًا على العبد [(٥)] .

١٨٤٠٠ - قلنا : الوصف غير مسلم ؛ لأن العبد لا مال له ، وإنما المال للمولى فكيف يقال جعل ماله له ، ومال الابن لم يجعل مال الأب ، وإنما يثبت [(٦)] التصرف فيه [(٧)] عند الحاجة ، فأما غير ذلك فلا ، والمعنى في العبد أن الهبة لم تخرج [(٨)] من ملكه فصارت كهبة الأب قبل القبض [(٩)] .

١٨٤٠١ - [وأما هبة الابن فقد ملكها وحصل له صلة الرحم الكامل فصار كهبة الابن للأب] [(١٠)] .

---

(١) في (م) : [بشر] .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (١٢٦/٦) ، مجمع الأنهر (٣٦٣/٢)

(٣) انظر : الحاوي للماوردي (٦/١٠) النكت للشيرازي ورقة ١٧٨

(٤) ووجه الفرق أن الوالد إذا وهب لولده هبة ليس له أن يرجع فيها كالولد إذا وهب لوالده ؛ وهذا لأن المنع من الرجوع لحصول المقصود وهو صلة الرحم أولى في الرجوع من الخصومة وقطيعة الرحم ، والأولاد في ذلك أقوى من القرابة المتأبدة بالمحرمية وفيه دليل على أن من وهب هبة فله أن يرجع فيها ما لم يعوض فيها . انظر : المبسوط (٤٩/١٢) .

(٥) انظر : الحاوي للماوردي (٦٩/١٠) .

(٦) في (م) ، (ن) : [ثبت] .

(٧) ساقطة من (ع) .

(٨) في (م) : [يخرج] .

(٩) انظر : المبسوط (٥٨/١٢) ، بدائع الصنائع (١٣٣/٦) .

(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

١٨٤٠٢ - قالوا : كلما يشترط فيه الإحسان من حكم الهبة فإنه يجوز للأب أن يختص به في ولده قياسًا على الإيجاب والقبول ..

١٨٤٠٣ - قلنا : نقلب فنقول فحكم الأب مع ولده فيه حكم الأخ مع أخيه ، أصله : الإيجاب والقبول ؛ لأن قبوله قائم مقام قبول ابنه (١) .

١٨٤٠٤ - [ولو قيل الابن جاز فكذلك الأب ولا يجوز أن يقوم مقام ابنه] (٢) في الفسخ .

١٨٤٠٥ - لأن الابن الصغير لو فسخ لم يصح ، فكذلك الأب إذا قام مقامه ، وإن كان الابن كبيرًا ، ولا ولاية عليه فلا يقوم فسخه مقام فسخ الابن .

* * *

(١) انظر : المبسوط (١٢/٥٣) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) .

مسألة ٩٢١

الهبة لأجنبي وحكم الرجوع فيها

٢/ب ١٨٤٠٦ – قال أصحابنا : إذا وهب / لأجنبي تعلق بها حق [١] الرجوع [٢] .

١٨٤٠٧ – وقال الشافعي : لا يجوز الرجوع فيها [٣] .

١٨٤٠٨ – لنا : ما روى ابن وهب قال : أخبرني أسامة بن زيد [٤] عن عمرو بن شعيب حدثه عن أبيه [٥] عن جده [٦] عن رسول الله ﷺ قال : « مثل الذي يسترد ما وهبه كمثل الكلب يقئ فيأكل منه » .

١٨٤٠٩ – فإذا استرد الواهب فليوقف ، وليعرف بما استرد ، ثم ليدفع إليه ما وهب [٧] ذكره أبو داود [٨] ، وذكر الدارقطني [٩] عن عطاء ، عن ابن عباس أن النبي

---

(١) ساقطة من (ع) .

(٢) انظر : المبسوط (٥٣/١٢) ، بدائع الصنائع (١٢٨/٦) ، تحفة الفقهاء (٢٦٥/٣) ، اللباب في شرح الكتاب (١٧٥/٢) .

(٣) انظر : الأم (٢٨٣/٣) ، المهذب (٤٤٧/١) ، مغني المحتاج (٤٠٢/٢) ، الشرقاوي على التحرير (١١٥/٢) وبه قال الإمام مالك وأحمد ، انظر : الشرح الصغير (٤٤٨/٥) ، مواهب الجليل (٦٣/٦) ، الفروع (٦٤٦/٥) المبدع (٣٧٦/٥) .

(٤) هو : أسامة بن زيد أبو زيد الليثي مولاهم المدني روى عن سعيد بن المسيب ومحمد بن كعب القرظي ، ونافع العمري ، وروى عنه حاتم بن إسماعيل ، وابن وهب ، وعبد الله بن موسى وغيرهم مات عام ١٦٠ هـ . انظر : الوافي بالوفيات (٣٨٢/٨) ، التاريخ الكبير (٢٢/٢) ، التاريخ الصغير (١٨/١) .

(٥) هو : شعيب بن محمد بن عبد الله بن العاص القرشي روى عن جده وأبيه محمد ومعاوية وغيرهم ، وروى عنه عثمان بن حكيم وعطاء الخراساني ذكره ابن حبان في الثقات مات عام (٨٠ هـ) . انظر : تهذيب التهذيب (٣٥٦/٤) التاريخ الكبير (٢١٨/٤) ، وتهذيب الكمال (٥٨٧/٩) .

(٦) هو محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص روى عن أبيه ، وروى عنه ابنه شعيب وحكيم الحارث . انظر : تهذيب الكمال (٥١٤/٢٥) ، سير أعلام النبلاء (١٨١/٥) خلاصة تهذيب الكمال ٣٤٥ .

(٧) أخرجه أبو داود في سننه من حديث ابن عباس باب الرجوع في الهبة (٨٠٨/٣) ، والنسائي في السنن الكبرى باب رجوع الوالد فيما يعطي (١٢١/٦) ، وأحمد في المسند (٢٧/٢) ، وابن أبي شيبة في المصنف (٤٧٦/٦) ، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٧٩/٤) .

(٨) انظر : سنن أبي داود (٨٠٨/٣) .

(٩) هو : علي بن عمر بن مهدى البغدادي ولد عام ١٣٦ هـ روى عن البغوى ويحيى بن صاعد ، وأبي بكر أبي=

ﷺ قال : « من وهب هبة فارتجع فيها فهو أحق بها ، ما لم يثب [1] منها ولكنه [2] كالكلب يعود في قيئه » [3] .

١٨٤١٠ - ولم يطعن [4] الدارقطني فيه [5] .

١٨٤١١ - وهذا [6] يدل على جواز الرجوع ، وعلى استقباحه وكراهته .

١٨٤١٢ -ز ولا يقال : هو محمول على هبة لم تقبض [7] ، لأن قوله : ثم ليدفع إليه ما وهب يدل على القبض ، ولا يحمل على شرط العوض [8] لأن هناك لا يكره الرجوع [9] عند المنع من العوض .

١٨٤١٣ - وروى عمرو بن دينار [10] [عن أبي هريرة] [11] أن النبي ﷺ قال : « الواهب أحق بهبته ما لم يثب فيها » [12] الأعمش [13] عن إبراهيم [14] عن

= ابن داود وغيرهم روى عنه الحاكم وأبو مسعود الدمشقي وغيرهم مات عام ٣٨٥ هـ . انظر : السير (٤٤٩/١٦) ، المنتظم (٣٧٨/١٤) ، النجوم الزاهرة (١٧٢/٤) .

(١) في (م) : [يثبت] .

(٢) في النسخ : [ولكين] .

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه كتاب الهبة (٤٤/٣) ، وقد رد على حديث الدارقطني هذا بأنه روي عن إبراهيم بن أبي يحيى وهو كذاب ؛ قاله يحيى بن معين . انظر : نصب الراية (١٢٥/٤) .

(٤) في (م) ، (ن) : [يقطن] .

(٥) في (م) ، (ن) : [شيئًا] .

(٦) ساقطة من (ن) .

(٧) في (م) : [يقبض] .

(٨) ساقطة من (م) ، (ن) .

(٩) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(١٠) هو : أبو محمد عمرو بن دينار الجمحي ولد عام ٤٦ هـ روى عن ابن عباس وابن الزبير وأبي هريرة وغيرهم ، وروى عنه قتادة وأيوب وغيرهم مات سنة ١٢٥ هـ قال شعبة ما رأيت في الحديث أثبت منه . انظر : انظر : سير أعلام النبلاء (٣٠٠/٥) ، تهذيب التهذيب (٢٨/٨) ، العبر (١٢٥/١) .

(١١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) .

(١٢) أخرجه ابن ماجه في سننه باب من وهب هبة رجاء ثوابها (٧٩٨/٢) والبيهقي في السنن الكبرى (١٨١/٦) والدارقطني في سننه (٤٣/٣) ، وابن أبي شيبة في المصنف (٤٧٤/٦) . قلنا : ويرد على الاستدلال بهذا الحديث بأن فيه إبراهيم بن إسماعيل بن مجمع وهو ضعيف ، وعمرو بن دينار عن أبي هريرة منقطع . انظر : نصب الراية (١٢٥/٤) مصباح الزجاجة (٢٤١/٢) .

(١٣) سليمان بن مهران الأسدي روى عن أنس بن مالك وزيد بن وهب وإبراهيم النخعي وغيرهم وروى عنه أيوب السختياني وزيد بن أسلم وغيرهم مات عام ١٤٨ هـ له ترجمه في طبقات ابن سعد (٣٤٢/٦) والسير (٢٢٦/٦) ، الكاشف (٣٢٠/١) .

(١٤) إبراهيم بن يزيد بن قيس ... روى عن علقمه والحارث بن يزيد ، والحسين بن عبيد الله ، وروى عنه الحكم ومنصور والأعمش وغيرهم مات عام ٩٦ هـ له ترجمة في الكاشف (٥١/١) تهذيب الكمال (٢٣٣/٢) طبقات ابن سعد (٢٧٠/٦) .

الأسود [١] عن عمر قال : من وهب هبة لذي رحم جازت ، ومن وهب هبة لغير ذي رحم فهو [٢] أحق بها ما لم يثب [٣] .

١٨٤١٤ - وروى عبد الرحمن بن أبزى [٤] عن علي بن أبي طالب قال : الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها [٥] .

١٨٤١٥ - وروى ابن سعد [٦] عن أبي الدرداء [٧] قال : [٨] الواهب ثلاثة : رجل وهب من غير أن يستوهب ، وفي كيل الصدقة فليس له أن يرجع في صدقته ، ورجل استوهب فوهب له فله الثواب .

١٨٤١٦ - فإن قيل : من هبته ثوابًا فليس له إلا ذلك ، وله أن يرجع في هبته ما لم يثب ، ورجل وهب فاشترط الثواب فهو دين على صاحبها في حياته وبعد موته [٩] .

---

(١) الأسود بن يزيد بن قيس أبو عمرو النخعي روى عن معاذ بن جبل وبلال وابن مسعود ، وروى عنه إبراهيم النخعي والشعبي وابنه عبد الرحمن وغيرهم مات عام (٧٥ هـ) وله ترجمة في السير (٥/٤) ، طبقات ابن سعد (٧٠/٦) ، أسد الغابة (٨٨/١) .

(٢) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٣) أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٦ / ١٠٦ ، وابن أبي شيبة في المصنف (٤٧٢/٦) والبيهقي في السنن الكبرى ٦ / ١٨١ ، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٨١/٤) .

(٤) هو : عبد الرحمن بن أبزى الخزاعي روى عن النبي ﷺ وأبي بكر وعمر وغيرهم ، وروى عنه عبد الرحمن بن أبي ليلى والشعبي وغيرهم ، كان قارئًا عالمًا بالفرائض . انظر : الاستيعاب (٨٢٢/٢) ، أسد الغابة (٤٦٢/٥) ، السير (٩٨٢/٧) .

(٥) أخرجه عبد الرزاق في المصنف باب الهبات (١٠٧/٩) ، وابن أبي شيبة في المصنف (٤٧٤/٦) ، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٨٢/٤) . وقد رد هذا الاستدلال بهذا الحديث بأن فيه جابر بن يزيد الكوفي وهو ضعيف رافضي . انظر : تقريب التهذيب ص ١٣٧ .

(٦) هو : محمد بن سعد بن منيع الهاشمي ولد عام ١٦٨هـ روي عن هشيم ، والوليد بم مسلم ، وابن عيينة وغيرهم ، وروي عنه أحمد بن عبيد ، والحارث بن أبي أسامة وغيرهم . مات ببغداد عام ٢٣٠هـ . انظر : السنن (٨٢/٩) ، تهذيب الكمال (٢٥٦/٢٥) .

(٧) هكذا في جميع النسخ ابن سعد وإسناد الحديث كما عند الطحاوي في شرح معاني الآثار عن راشد بن سعد عن أبي الدرداء . شرح معاني الآثار (٨٢/٤) . وهو : راشد بن سعد المقرائي روى عن ثوبان ، وسعد ابن أبي وقاص وأبي الدرداء وغيرهم وروى عنه صفوان بن عمرو ومعاوية بن صالح وعلي بن أبي طلحة وغيرهم ، قال الدارمي : ثقة انظر : تهذيب التهذيب (٢٢٥/٣) طبقات ابن سعد (٤٥٦/٧) التاريخ الكبير (٢٩٢/٣) .

(٨) في (ص) : [قالوا] .

(٩) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٨٢/٤) .

١٨٤١٧ – وعن عبد الله بن عامر قال : كنت عند فضالة بن عبيد (١) إذ جاء رجلان يختصمان في باز (٢) فقال أحدهما : وهبت له بازيًا ، [وأنا أرجو أن يكفيني منه ، وقال الآخر : وهب لي بازيًا] (٣) وما سألته ، وما تعوضت له فقال فضالة : اردد إليه هبته فإنما يرجع في الهبات النساء وشرار الناس (٤) وهذه قضايا ظاهرة عن أئمة (٥) الصحابة رجع إليها (٦) أصحابنا وعملوا بها وخالفها الشافعي .

١٨٤١٨ – قالوا : قد روي عن عبد الله بن عباس [وابن عمر] (٧) رضي الله عنهما قالا (٨) : لا يحل لواهب أن يرجع في هبته إلا ما وهبه الوالد لولده (٩) .

١٨٤١٩ – قلنا : هذا [زعمتم أنهما روياه] (١٠) عن النبي ﷺ ، ثم جعلتموه قولنا (١١) .

١٨٤٢٠ – استدلالًا بأنهما إذا ردًّا خبرًا (١٢) قالا به ، ومثل هذا لا يثبت به خلاف على هذه الروايات (١٣) الظاهرة (١٤) .

---

(١) هو : فضالة بن عبيد بن ناقد أبو محمد الأنصاري الأوسي روى عن عمر وأبي الدرداء ، وغيرهم وروى عنه عبد الرحمن بن جبر والقاسم أبو عبد الرحمن وغيرهم شهد بدرا وبيعة الرضوان مات عام (٦٣) هـ . انظر : تهذيب الكمال (٣٣٤/٢) ، السير (١١٣/٣) التاريخ الكبير (١٢٤/٧) .

(٢) البازيُّ : هو ضرب من الصقور يستخدم في الصيد والجمع بواز . انظر : المعجم الوسيط (٥٥/١) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف باب الرجل يهب الهبة فيريد أن يرجع فيها (٤٧٣/٦) ، والطحاوي في شرح معاني الآثار باب الرجوع على الهبة (٥٨٢/٤) .

(٥) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) . (٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [أيضًا] .

(٧) في النسخ أن عبد الرحمن بن عمر لم يحفظ عن النبي شيئًا كما نص على ذلك في أسد الغابة (٤٧٧/٣) .

(٨) ساقطة من النسخ وزدتها ليستقيم المعنى بها .

(٩) انظر : المهذب (٤٤٧/١) ، المجموع (٣٨١/١٥) . أخرجه أبو داود في سننه باب الرجوع في الهبة (٨٠٨/٣) ، وأبو يعلي في مسنده (١٠٦/٥) ، والبيهقي في السنن الكبرى (١٧٩/٦) ، وأحمد في المسند ٢٧/٢ ، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٧٩/٤) ، وابن حبان في صحيحه (٥٢٤/١١) .

(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) . (١١) ساقطة من (ع) .

(١٢) ساقط في صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(١٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الرواية] .

(١٤) انظر : المبسوط (٥٤/١٢) ، بدائع الصنائع (١٢٨/٦) .

١٨٤٢١ - ولأنها هبة لأجنبي فتعلق بها حق الرجوع إذا تجردت عن العوض أصله : إذا قال : وهبت لك فقبض الموهوب في المجلس من غير تحديد إذن .

١٨٤٢٢ - ولأنه تبرع يلحقه الفسخ ، فجاز أن يرجع فيما يهب منه [١] مع الأجانب أصله : الوصية [٢] والعارية [٣] .

١٨٤٢٣ - فإن قيل : المعنى في الوصية ، وفي العارية أنها لو كانت لذوي أرحامه رجع فيها ، وكذلك إذا كانت لأجنبي ، وفي الهبة بخلافه [٤] .

١٨٤٢٤ - قلنا : امتناع الرجوع في ذي الرحم إنما هو حصول العوض الكامل في صلة الرحم ، وليس إذا امتنع الرجوع مع العوض ، امتنع مع عدمه كالهبة المشروط [٥] فيها العوض [٦] .

١٨٤٢٥ - ولأنها هبة تجردت عن الثواب ، فكان حق الرجوع متعلقًا بها أصله إذا شرط العوض [٧] وهبة المكاتب [٨] .

١٨٤٢٦ - ولأنه عقد يقصد به التبرع ، ولا يصح إلا بمعنى آخر ينضم إليه فوجب أن يكون الرجوع من أحكامه كالوصية .

١٨٤٢٧ - ولا يلزم العتق [٩] لأنه يصح بالقول ، وإن لم ينضم إليه معنى [١٠] .

١٨٤٢٨ - ولا يلزم القرض [١١] لأنه تبرع إلا أن المقصود منه العرض [١٢] .

---

(١) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٢) الوصية : تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع ، سواء كان في الأعيان أو في المنافع والوصية والوصايا اسمان . انظر : التعريفات ١٧٤ .

(٣) العارية اسم وسميت بذلك لتعريها عن العوض وهي على وزن فعليه منسوبة إلى العارة اسم من الإعارة المغرب (٨٩/٢) ، أنيس الفقهاء ٢٥١ . انظر : الهداية (٢٣٥/٤) ، مجمع الأنهر (٦٩٤/٢) . وقد رد الشيرازي هذا بأن العارية تمليك ولا نسلم أنه لم يقصد به القرابة فإن في هبة الأجنبي قربة وثوابًا ثم العارية تبرع لم يتصل به القبض فهو كالهبة قبل القبض (قبل القبض) ، وهذا اتصل به القبض . النكت للشيرازي ص ١٧٨ .

(٤) انظر : المهذب للشيرازي (٤٤٧/١) ، مغني المحتاج (٤٠١/٢) المجموع شرح المهذب (٣٨١/١٥) .

(٥) في (ع) : [المشروطة] .

(٦ ، ٧) انظر : بدائع الصنائع (١٣٢/٦) .

(٨) المكاتب : هو العبد يكاتب على نفسه بثمنه فإذا سعى وأداه عتق . انظر : اللسان (٣٨١٧/٦) .

(٩) العتق : الخروج من المملوكية يقال : عتق العبد عتقًا وعتاقة وهو عتيق وهم عتقاء . انظر : المغرب (٤١/٢) .

(١٠) انظر : الهداية (٢٣٥/٤) .

(١١) القرض : هو ما تعطيه غيرك من مال علي أن يرده إليك . انظر : المعجم البسيط (٧٣٣/٢) .

(١٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [القرض] .

١٨٤٢٩ - ولا يلزم الهبة (١) لذوي الأرحام ، لأن الرجوع من أحكام العقد إلا أنه يسقط بحصول العوض الذي هو الثواب الكامل (٢) .

١٨٤٣٠ - احتجوا : (٣) بحديث ابن عباس وابن عمر أن النبي ﷺ قال : لا يحل لمسلم (٤) أن يعطي عطية ، ولا يهب هبة فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده ، ومثل الذي يعطي العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب يأكل فإذا شبع قاء ثم عاد في قيئه (٥) .

١٨٤٣١ - والجواب : أنا قد تكلمنا على سند هذا الخبر في المسألة الأولى ، ثم رواية عمرو بن شعيب ، وقد أحال به مرة على طاووس ، ومرة على أبيه وجده ولو ثبت اقتضى تحريم الرجوع بفعل الواهب ، وعندنا لا يحل له إلا بانضمام الحكم ، أو إلى ضامن الموهوب إلا في حق الولد فيصح أن يرتجع إذا احتاج (٦) من غير رضا .

١٨٤٣٢ - وجواب آخر : وهو أن قوله : لا يحل [قد يذكر ويراد الكراهية والإساءة والقبح ، وقد يذكر ويراد به التحريم بدلالة قوله ﷺ] (٧) لا يحل لرجل يستعمل ، وجارة طارئ ، وإذا احتمل اللفظ الأمرين ثم شبهه [ﷺ] (٨) بعود الكلب في قيئه .

١٨٤٣٣ - وذلك لا يوجب التحريم وإنما [يوصف بالقبح] (٩) ، فعلم أن اللفظ أراد به هبة وذم هذا الخلق دون التحريم ، ولولا صحة (١٠) الرجوع لكان لا يضعه ؛ لأن المعدوم لا يصفه بقبح ، وعند مخالفنا الرجوع لا يثبت فكيف يقبح (١١) .

---

(١) ساقطة من صلب ص واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (١٣٢/٦) .

(٣) انظر : المهذب (٤٤٧/١) ، النكت للشيرازي ١٧٨ ، المجموع (٣٨١/١٥) .

(٤) في (ع) : [لرجله] .

(٥) أخرجه أبو داود في سننه باب الرجوع في الهبة (٨٠٨/٣) ، والترمذي في سننه باب ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة (٣٨٤/٤) ، والنسائي في السنن الكبرى ، باب رجوع الوالد فيما يعطى ولده (١٢١/٦) ، وأحمد في المسند (٢٧/٢) ، وابن أبي شيبة في المصنف (٤٧٦/٦) ، وأبو يعلى في مسنده (١٠٥/٥) ، والطبراني في المعجم الكبير (٣٧٦/٢) .

(٦) ساقط من (ن) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقطة من (م) ، (ن) واستدركه المصنف في الهامش .

(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [عليه السلام] . (٩) ما بين المعكوفتين في (م) : [يوجب القبح] .

(١٠) في (ص) : [صحة] ، وفي (ع) : [ولولا صحة] .

(١١) أن الرسول ﷺ شبه الرجل الذي يعود في هبته بعود الكلب في قيئه وذلك يوجب التحريم مطلقًا ؛ لأن تشبيهه ﷺ للعائد في هبته بالكلب يقيء ثم يعود في قيئه ، والكلب مستقبح بذاته إلا لضرورة نص عليها =

١٨٤٣٤ - قالوا : روى ابن عباس أن النبي ﷺ قال : « العائد في هبته كالعائد في قيئه » .

١٨٤٣٥ - قلنا : قد روى طاووس عن ابن عباس [عن النبي ﷺ] (1) « العائد في هبته كالكلب [يقيء ثم يعود] (2) في قيئه » وكذلك رواه عكرمة عن ابن عباس وأبو هريرة عن النبي ﷺ فدل بأن أصل الخبر هذا المفسر الذي روي عن طريق ابن عباس وغيره ، والتشبيه برجوع الكلب يدل على قولنا : مستقبح مستنكر .

١٨٤٣٦ - فاما التحريم فلا يوصف الكلب به ؛ فلذلك لا يوصف له وهذا إلزام على أقوالهم ؛ لأنهم ردوا العام ورددنا الخاص المفسر .

١٨٤٣٧ - وعندهم الرجوع إلى الخاص أولى ؛ لأنه ﷺ أثبت العود ووصفه بالعود في القيء فدل على ثبوت العود .

١٨٤٣٨ - وكل من صحح العود حمل التشبيه على الكراهة .

١٨٤٣٩ - احتجوا : بأنها هبة مقبوضة لمن ليس يولد له ، واليمين منه ، أولًا يقاد به فلا يجوز له الرجوع أصله إذا وهب أحد الزوجين للآخر وإذا وهب لأخيه أو عمه أو خاله .

١٨٤٤٠ - قلنا : المعنى في الهبة من الأخ أو العم أن المقصود من الهبة بينهما صلة الرحم الكامل . وقد سلم هذا المقصود من تمام الهبة فهو كهبة الأجنبي ؛ إذا أخذ الهبة عوضًا وليس كذلك الهبة من الأجنبي لأنها تقصد بها المكافأة في الغالب ، فإذا لم يحصل المقصود هنا ثبت الرجوع كما لو شرط العوض يستحق بالعرف كما يستحق بالشرط .

١٨٤٤١ - ألا ترى أن من دفع إلى خياط ثوبًا ليخيطه له استحق العوض وإن لم يسويه لأن العرف اقتضى أنه يخيط بالعوض فصار ذلك كالعوض المشروط .

١٨٤٤٢ - والمعنى في هبة أحد الزوجين أن بينهما نسب يوجب (3) التوارث من غير حجب (4) ، فصار كهبة الولد للوالد (5) وتتعدى (6) هذه الهبة (7) إلى هبة الابن لأبيه (8) .

= الشرع كالحراسة ، والضرورة تقدر بقدرها .

(١ ، ٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٣) في (م) : [موجب] .

(٤) الحجب : المنع ، وشرعًا : منع الشخص من ميراثه إما كله أو بعضه لوجود شخص آخر . انظر : الهداية (٢٢٨/٤) .

(٥) انظر : الهداية (٢٢٨/٤) ، مجمع الأنهر (٣٦٢/٢) .

(٦) في (م) : و[تتعدا] . (٧) في (ع) : [العلل] .

(٨) انظر : المبسوط (٥٥/١٢) .

١٨٤٤٣ – قالوا : هبة لا يجوز الرجوع فيها إذا كانت زائدة . فلا يجوز الرجوع فيها قبل الزيادة أصله [١] هبة الأخ [٢] .

١٨٤٤٤ – قلنا : المعنى في الهبة للأخ قد بيناه [٣] ، فأما إذا زادت [٤] الهبة ، فلا يمكنه الرجوع فيما وهب إلا بالرجوع فيما لم يهب ، وذلك ممتنع [٥] .

١٨٤٤٥ – ألا ترى أنها لو خرجت من ملك الموهوب لم يجز الرجوع . لأنه [٦] يرجع في ملك لم يوجد [٧] ، كذلك لا يرجع في هبة زائدة لأنه يرجع فيما لم يرجع قبل الإثابة كهبة القرابة [٨] .

١٨٤٤٦ – [قلنا : إذا ثبت فيها نقد حصل له المقصود بالعقد ؛ لأن العوض كهبة الأجانب حصول العوض وإن لم يثب فيها لم يحصل له العوض منها وحكم الأمرين مختلف بدلالة أنه شرط العوض ، فسلم له ما شرط لم يرجع ، ولم لم يسلم له رجع وقد بينا أن مكان العوض يثبت بالعرف كما يثبت بالشرط] [٩] .

* * *

---

(١) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٢) انظر : الحاوي للماوردي (٦٩/١٠) .
(٣) أي أنه إذا وهب الأخ لأخيه لا يجوز له الرجوع ؛ لأن المقصود هو صلة الرحم ، ولأن في الرجوع معنى قطيعة الرحم ، انظر : المبسوط (٥٥/١٢) .
(٤) في (م) : [رادت] .
(٥) المبسوط (٥٨٣/١٢) الهداية (٢٢٧/٤) .
(٦) في (ع) : [لا] .
(٧) في (ع) : [يوجد] .
(٨) انظر المبسوط (٨٢/١٢) .
(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

مسألة ٩٢٢

اقتضاء الهبة للثواب

١٨٤٤٧ - قال أصحابنا : الهبة لا تقتضي (١) الثواب (٢) .

١٨٤٤٨ - وقال الشافعي في القديم : إذا وهب الأدنى للأعلى اقتضت الهبة الثواب (٣) .

١٨٤٤٩ - [وقال في الجديد : لا تقتضي الهبة الثواب] (٤) ، وقدر الثواب فيه .

١٨٤٥٠ - ثلاثة (٥) أقوال : أحدها ما يرضى به ، والآخر قيمته ، والثالث : ما جرى به العرف ، فإن امتنع فللواهب الرجوع (٦) .

١٨٤٥١ - لنا : حديث سمرة أن النبي ﷺ قال : إذا (٧) كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها ولم يفرق (٨) (٩) بين أن يثب عنها أولا يثب سواء كان الواهب فوقه أو دونه ولأن ما لا يقتضي عوضًا إذا كان كنظيره لم يقتض / إذا كان لمن فوقه ٢/أ كالوصية ، وعكسه البيع ولأنها هبة مطلقة فلا تتضمن (١٠) عوضًا [كما لو وهب لنظيره ولأنه مطلق لا يفيد لفظ عوض فلا يتضمن عوضًا] (١١) كالعتق .

١٨٤٥٢ - ولا يلزم القرض ؛ لأنه لفظه يفيد العوض ، ولأن العقد على مال إذا

---

(١) أي لا تستوجب الثواب .

(٢) وبه قال الإمام أحمد انظر : المبسوط (٧٥/١٢) ، بدائع الصنائع - (١٢٨/٦) المغني (٢٩٩/٦) ، الفروع (٦٥٥/٥) .

(٣) وبه قال الإمام مالك المدونة الكبرى (٣٢٢/٤) ، المهذب (٤٤٧/١) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقطة من (م) ، (ن) .

(٥) في (ع) : [ثلثه] .

(٦) انظر : المهذب (٤٤٧/١) ، النكت ورقة ١٧٨ ، الحاوي للماوردي (٧٢/١٠) ، المجموع (٣٨٥/١٥) .

(٧) أخرجه الدارقطني في سننه (٤٤/٣٦٠) قال في تلخيص الحبير هذا الحديث انفرد به عبد الله بن جعفر وهو حديث مرفوع (٨٥/٣) .

(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [يبين]

(٩) ما ذكر بعد ذلك في النسخة (ع) إنما هو خاص بالمسألة التي تليها وهي حكم الهبة المشروطة بعوض مجهول .

(١٠) في (م) ، (ن) : [يتضمن] .

(١١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

اقتضى عوضًا غير مقدر ، وجب ذكره في العقد كالبيع [١] .

١٨٤٥٣ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَإِذَا حُيِّيتُم بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا ﴾ [٢] .

١٨٤٥٤ – قلنا : قد قيل : إن المراد بذلك رد السلام .

١٨٤٥٥ – ولأن عندهم [٣] يجب العوض ، والآية تقتضي التخيير بين العوضين والرد ، وذلك لا يصح إلا على قول من يرى العوض مستحبًا [٤] ، وكذلك نقول .

١٨٤٥٦ – احتجوا [٥] بما روي أن أعرابيًا أهدى إلى النبي [ﷺ] [٦] ناقة [٧] فأعطاه ثلثًا ، فأبى ثم أعطاه ثلثًا ، فأبى ، ثم أعطاه ثلثًا فاستكمل تسعًا فقال الإعرابي قد رضيت فقال النبي ﷺ : لقد هممت أن لا أقبل هدية إلا من أنصاري [٨] ، أو دوسي [٩] ، أو ثقفي [١٠] أو قرشي .

١٨٤٥٧ – قلنا : هذا يدل على جواز العوض والكلام في وجوبه ، وليس في الخبر ما يدل على الوجوب [١١]

١٨٤٥٨ – قالوا : [١٢] روي عن عمر أنه قال : من وهب لأجنبي هبة فله أن يرجع فيها ما لم يثب منها [١٣] وعن علي مثله [١٤] ، وعن فضالة بن عبيد أن رجلًا جاءه

---

(١) أي عقد الهبة إذا كان مقابل عوض لابد من ذكره العوض وتقديره كما في البيع ؛ لأن التسليم واجب بالعقد وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة فيمتنع التسليم وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز وهذا هو الأصل انظر : الهداية (٢٢/٣) .

(٢) سورة النساء : الآية ٨٦ .

(٣) ساقطة من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (١٢٨/٦) .

(٥) انظر : الحاوي للماوردي ج (٧٢/١٠) ، المهذب (٤٤٨/١) ، المجموع (٣٨٨/١٥) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٧) الناقة أول السمن في الإقبال ، وآخر الشحم في الهزال يقال : أنقت الإبل أي سمنت وصار فيها نقي وكذلك غيرها . انظر : الصحاح (٦٠٧/٢) ، اللسان (٦/ ٤٥٢٣) .

(٨) الأنصاري : نسبة إلى الأوس والخزرج . انظر : معجم قبائل العرب (٤٧/١) .

(٩) دوس : بطن من الأزد من القحطانية ينسبون إلى شنوه ابن الأزد . انظر : معجم قبائل العرب .

(١٠) ثقيف : قبيلة منازلها في جبل الحجاز بين مكة والطائف . انظر : بلوغ الأرب في (١٩١/١) .

(١١) انظر : بدائع الصنائع (١٣٠/٦) .

(١٢) انظر : الأم (٢٨٣/٣) . المجموع (٣٨٣/١٥) .

(١٣) أخرجه الشافعي في الأم (٢٨٣/٣) .

(١٤) أخرجه الشافعي في مسنده باب الهبة ٢٦١ .

فقال : إني وهبت من رجل بازيًا فلم يكفني عليه ، فقال : إن أثابك [١] ، وإلا فارجع وخذ باذيك [٢] .

١٨٤٥٩ – قلنا : هذا يدل على انقطاع الرجوع بالعوض ولا يدل على وجوب العوض ، ولأنهم لم يفضلوا بين هبة الإنسان لمن فوقه أو دونه .

١٨٤٦٠ – ولأن فضالة قال في الحديث : إنما يرجع في الهبة النساء وشرار الأقوام ، وعند مخالفنا إذا أوجب العوض فلم يسلم له ذلك بل يذم على الرجوع فالخبر خلاف قولهم [٣] .

١٨٤٦١ – قالوا : العادة أن الإنسان يهب لمن فوقه لطلب العوض ، والمعتاد في العقود كالمشروط وإذا كانت العادة أنه [٤] [يهب ليعوض] [٥] ، والعوض مجهول ثبت الرد عند عدم التراضي ، فأما أن يجب العوض مع الجهالة فلا .

١٨٤٦٢ – ولأن البدل إنما يجب إذا تعذر الفسخ ، فأما إذا أمكن الرد لم يجز إيجاب عوض مجهول كالبيع الفاسد .

* * *

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [كافأك]

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٤٧٣/٦) والطحاوي في شرح معاني الآثار ج (٨٢/٤) والحاكم وقال صحيح علي شرط الشيخين (١٧٤/٢) .

(٣) انظر : المبسوط (٥٣/١٢) . تقول بأن فضالة بن عبيد وإن كان لم يمنع الرجوع مطلقًا إلا أنه اعتبر ذلك فعلًا قبيحًا مذمومًا ، ولا يليق بالمسلم أن يرتكب مثل هذا الفعل حتى لو لم يأخذ عوضًا على ذلك ، حيث إن فضالة لم يمنع الرجوع ، وإنما ذم الرجوع كما ورد في الخبر .

(٤) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٥) ما بين المعكوفتين في (ن) [تهب لتعوض] .

حكم الهبة المشروطة بالعوض المجهول (١)

١٨٤٦٣ - قال أصحابنا : إذا شرط في الهبة عوضًا جاز .

١٨٤٦٤ - وقال الشافعي : [على القول الذي قال إن الهبة لا تقتضى عوضًا إن شرط عوضًا مجهولًا فسدت] ، وإن شرط عوضًا معلومًا ففيه قولان : أحدهما : يجوز وتصير تبعًا ، والآخر : لا يجوز .

١٨٤٦٥ - لنا : ما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال (٢) : من وهب هبة فله الرجوع فيها (٣) ما لم يثب منها » (٤) وظاهر هذا يقتضي أنه إذا شرط الثواب فسلم له لم يثبت له الرجوع .

١٨٤٦٦ - ولأنه عقد تملك به الأعيان فجاز شرط العوض فيه كالقرض (٥) ولأنه تبرع فلا يبطله شرط العوض كالعتق ، ولا تلزم العارية ؛ لأنها تبطل بشرط العوض [ولأنه عقد تملك به بإتمام القبض ولأن] (٦) العوض كالقرض .

١٨٤٦٧ - احتجوا : بأنها هبة بشرط العوض ، فلم تصح كما لو وهب مشاعًا .

١٨٤٦٨ - قلنا : إذا وهب مشاعًا بعوض ثم قسم وسلم صح عندنا ، وإن سلم قبل القسمة فلا لأنه وهب مالا يتميز عما لم يقف على وجه يمكن تمييزه وسلمه على ذلك .

١٨٤٦٩ - قالوا : شرط العوض يُخرج العقد عن موضوعه ، فصار كالبيع إذا سقط فيه العوض .

١٨٤٧٠ - قلنا : هذا غير مسلم ؛ لأن الهبة قد يقصد بها التعويض ، وقد يقصد بها الثواب ، وقد يقصد بها (٧) المودة والمحبة فلم يخرج شرط العوض عن موضوع العقد ،

---

(١) هذه المسألة كلها ساقطة من (ع) . (٢) ساقطة من (ن) .

(٣) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٤) أخرجه ابن ماجة في سننه باب من وهب هبة وجاء ثوابها (٩٨/٢) وعمرو بن دينار عن أبي هريرة منقطع ، مصباح الزجاجة (٢٤١/٢) ، والبيهقي في السنن الكبرى (١٨١/٦) . وابن أبي شيبة في المصنف (٤٧٤/٦) ، والدارقطني في سننه (٤٣/٣) .

(٥) في (م) : [العوض] .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط في (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٧) ساقطة من النسخ وزدناها ليستقيم المعنى بها .

وهذا كالعفو عن الدم ؛ لأن الوارث تارة يعفو للثواب ، وتارة يعفو للعوض [١] ، فلم يكن شرط العوض مخرجًا للعقد عن موضوعه ، وبطل ما ذكروه بالعتق إن شرط العوض فيه لا يخرجه عن موضوعه ؛ لأنه يجوز تعليقه بالشرط ، فإذا ذكر المال فقد علق العتق بصفته .

١٨٤٧١ – قلنا : العتق يقع وتتأخر الصفة ، ولو تعلق شرطه وقف على أداء [٢] المال فلما تعلق للعتق بالقبول ، كما يتعلق بالملك في المعاوضة بالقبول دل على أنه ليس بمتعلق بصفة .

* * *

---

(١) في (م) : [العوض] .

(٢) في (م) : [إذا] .

مسألة ٩٢٤

الزيادة في الهبة وحكم الرجوع فيها

١٨٤٧٢ - قال أصحابنا [١] : إذا زادت [٢] الهبة في [يد ربها] [٣] سقط الرجوع [٤] .

١٨٤٧٣ - وقال الشافعي : لا يسقط [٥] .

١٨٤٧٤ - لنا : أنها زيادة لم يقع عليها قبص الهبة ، فلا يقع عليها الفسخ كالزيادة المنفصلة [٦] .

١٨٤٧٥ - ولأن ما منع الفسخ في المهر منع في الهبة كزوال الملك ، ولأنه فسخ بموجب عقد فمنع أصله : الزيادة المتصلة [٧] كالمهر [٨]

١٨٤٧٦ - احتجوا : بأنها زيادة حادثة من الموهوب فلا تمنع [٩] الرجوع في الهبة أصله : إذا حدثت قبل القبض [١٠] .

١٨٤٧٧ - وقع عليها القبض المتصدر عن العقد فدخلت في حكم العقد ، فجاز أن يقع عليها الفسخ ، وإذا حدثت بعده فلم يقع عليها العقد ، ولا القبض المتصدر عنه ، فلم يدخل في العقد ، فلم يجز أن يقع عليها الفسخ كالولد [١١] .

١٨٤٧٨ - قالوا : زيادة إذا حدثت قبل القبض لا تمنع الرجوع ، فكذلك إذا حدثت بعده أصله الزيادة المنفصلة ، يصح نقل الملك في الأصل دونها فامتناع الفسخ فيها لا

---

(١) ساقطة من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) في (م) : [زالت] .

(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [يديه] .

(٤) انظر : المبسوط (٨٣/١٢) بدائع الصنائع (١٢٩/٦) ، الهداية (٢٢٧/٣) وبه قال مالك انظر : المدونة الكبرى (١٣٨/٤) ، الشرح الصغير (٤٥٨/٥) .

(٥) انظر : الأم (٢٨٣٨/٣) ، المهذب للشيرازي (٤٤٧/١) ، المجموع (٣٨٢/١٥) ، وهو رواية عن الإمام أحمد . انظر : المغني (٢٧٨/٦) ، الشرح الكبير (٢٨١/٦) .

(٦) انظر : بدائع الصنائع (١٢٩/٦) .

(٧) ساقطة من (ن)

(٨) انظر : المبسوط (٧١/٥) ، المغني (٢٧٩/٦) .

(٩) في (م) ، (ع) : [يمنع] .

(١٠) انظر : المغني (٢٧٩/٦) .

(١١) انظر : المغني لابن قدامة (٢٧٨/٦) ، الشرح الكبير (٢٨٢/٦) .

يمنع في الأصل ، وليس كذلك المتصلة ؛ لأنه لا يملك نقل الملك في الأصل دونها ، والفسخ متعذر فيها .

١٨٤٧٩ – لأن العقد لم يتناولها فمنع ذلك من الفسخ فيما لا ينفرد بنقل الملك عنها .

١٨٤٨٠ – فإن ألزم على علة الأصل الزيادة المنفصلة في البيع .

١٨٤٨١ – قلنا : تعذر الفسخ فيها لا يمنع من الفسخ في الأصل ، وإنما المانع أنها موجبة للعقد ، فلم نسلم للمشتري مع فسخ العقد .

* * *

مَوْسُوعَة

القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارِنَةِ

المُسَمَّاة

التَّجْرِيد

كتاب اللقطة

مسألة ٩٢٥

حكم التقاط ضالة الإبل

١٨٤٨٢ - قال أصحابنا : ضالة الإبل يجوز لمن وجدها أخذها ليردها على صاحبها (١) .

١٨٤٨٣ - وقال الشافعي : إذا كان الحيوان في البرية (٢) فكل حيوان يمتنع من صغار السباع (٣) بقوته (٤) مثل الإبل والبقر والدواب (٥) والبغال والحمير ، أو لسرعته وخفته كالظباء (٦) والغزلان (٧) والأرانب والطيور لم تكن لقطة ، ولا يجوز أخذها على وجه اللقطة (٨) .

١٨٤٨٤ - فإن أخذها ليحفظها وهو الإمام فلا ضمان عليه ، فإن كان غير إمام ففيه وجهان (٩) فإن كان ذلك في البلدان والقرى .

١٨٤٨٥ - قال المزني (١٠) : قال الشافعي : فيما وضعه بخطه صغارها وكبارها لقطة .

---

(١) لا خلاف بين الفقهاء في جواز التقاط الإبل في القرية ، ومحل الخلاف بينهم إذا كانت في الصحراء ، وقد اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين :

المذهب الأول : جواز التقاطها لردها على صاحبها وهذا ما قال به أبو حنيفة ومالك في غير ظاهر المذهب . انظر : تحفة الفقهاء (٦٠٩/٣) ، بدائع الصنائع (٢٠٠/٦) ، المدونة الكبرى (٣٦٧/٤) .

المذهب الثاني : عدم جواز أخذها وهذا ما قال به مالك في ظاهر المذهب والشافعي وأحمد انظر : الأم (٢٨٧/٣) ، المدونة الكبرى (٣٦٧/٤) ، المبدع (٢٧٧٤٤/٥) .

(٢) البرية الصحراء ، والجمع : البراري انظر : مختار الصحاح ١٨ .

(٣) السبع كل ما له ناب ويعدو على الناس ويفترسها كالأسد وغيره . انظر : المعجم الوسيط (٢٦٧/١) .

(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [بغرته] .

(٥) الدواب : جمع مفردها دابة وهي كل ما يدب على الأرض وقد غلب على ما يركب من الحيوان ، وتصغيره دويبة انظر : المعجم الوسيط (٢٦٧/١) .

(٦) ساقطة من (م) ، (ن) .

(٧) في (ع) : [وكالغزلان] .

(٨) انظر : الأم (٢٨٧/٣) ، مغني المحتاج ، (٤٠٩/٢) ، المجموع (٢٧١/١٥) .

(٩) **أحدهما** : يجوز لأنه يأخذها للحفظ على صاحبها فجاز كالسلطان ، والثاني : لا يجوز لأنه لا ولاية له على صاحبها بخلاف السلطان . انظر : المجموع (٢٧١/١٥) .

(١٠) هو : إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل المزني ولد عام ١٧٥ هـ حدث عن الشافعي ، وعلي بن معبد وغيرهم وعنه ابن خزيمة والطحاوي وأبو نعيم بن عدي وغيرهم ، له مؤلفات منها مختصر المزني . قال عنه الشافعي : المزني =

١٨٤٨٦ - ومن أصحابه من قال : البلاد والبرية سواء وليس بلقطة [١] .

١٨٤٨٧ - لنا [٢] : قوله تعالى : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ ﴾ [٣] وقال النبي ﷺ : « لا يزال الله في عون المرء ما دام في عون أخيه ومن أخذ ضالة فخاف عليها ليحفظها على ربها فهو في عونه » [٤] .

١٨٤٨٨ - ويدل عليه : ما روى حماد بن زيد [٥] ، عن أيوب [٦] ، عن أبي العالية [٧] ، عن عياض بن حماد [٨] أن النبي ﷺ سئل عن الضالة فقال : « عرفها فإن وجدت صاحبها وإلا فهي مال الله » [٩] .

١٨٤٨٩ - وهذا يدل على جواز أخذ الضالة وأنها في حكم اللقطة ؛ ولأنها ضالة يخشى ضياعها فجاز أخذها لصاحبها لقطة كالصغار إذا أخذت في مصر .

١٨٤٩٠ - ولأن كل جنس كان صغاره لقطة كان كباره لقطة كالغنم [١٠] ، ولأنها

= ناصر مذهبي مات عام ٢٦٤هـ انظر : طبقات الشافعية (٥٨/٣) طبقات الشيرازي ص ٧٩ ، طبقات العبادي ص ٩ .

(١) انظر : الأم (٢٣٥/٨) ، المهذب مع المجموع (٢٧٣/١٥) .

(٢) انظر : البناية شرح الهداية (١٧/٦) . (٣) سورة المائدة : الآية ٢ .

(٤) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير من طريق زيد بن ثابت وفيه عيسى بن أبي عيسى الحناط قال البخاري . وأبو نعيم في حلية الأولياء (٤٢/٣) ، وابن عدي في الكامل (٢٤٧/٥) ، والحاكم في المستدرك (٣٨٣/٤) .

(٥) هو : حماد بن زيد بن درهم الأزدي روي عن عمرو بن دينار ، وثابت البناني وغيرهم ، وعنه سفيان وشعبة وابن المبارك وغيرهم وهو ثقة ، مات عام ١٧٩ هـ ، انظر : تذكرة الحفاظ (٢٢٨/١) ، شذرات الذهب (٢٩٢/١) ، العبر للذهبي (٢١١/١) .

(٦) هو : أيوب بن أبي تميمة السختياني روى عن إبراهيم بن مده ، وزيد بن أسلم وسالم بن عبد الله بن عمر ، وعنه إسماعيل بن علية ، وحماد بن سلمة ، وحماد بن زيد وغيرهم مات عام ١٣١ هـ . انظر : تهذيب الكمال (٤٥٧/٣) ، سير أعلام النبلاء (١٥/٦) ، تهذيب التهذيب (٢٤٦/٧) .

(٧) هو : أبو العالية رفيع بن مهران الإمام المقرئ الحافظ المفسر أبو العالية الرياحي البصري أسلم في خلافة أبي بكر الصديق روى عن عمر وعلي وأبي ذر وابن مسعود وعائشة وغيرهم ، وروى عنه قتادة وثابت ومحمد بن واسع وعاصم الأحول وخالد الحذاء وغيرهم . قال أبو خلدة : مات أبو العالية في شوال سنة تسعين ، وقال البخارى وغيره : مات سنة ثلاث وتسعين سير أعلام النبلاء (٢٠٧/٦-٢١٢) .

(٨) عياض بن حماد بن أبي حماد المجاشعي روي عن النبي ﷺ وروى عنه مطرف بن عبد الله وعقبة بن صهبان وغيرهم . انظر : الإصابة (٧٥٢/٤) ، أسد الغابة (٣٢٢/٤) .

(٩) أخرجه الترمذي في سننه (٦٤٧/٣) ، والبيهقي في السنن الكبرى (١٨٧/٦) ، والطبراني في المعجم الكبير (٣٦٠/١٧) .

(١٠) انظر : شرح فتح القدير (١٢٥/٦) ، البناية (٢٩/٦) .

لقطة مملوكة فجاز أخذها لقطة من البرية كالشاة [١] .

١٨٤٩١ - ولأنه نوع أمانة فلا يختلف فيه الشاة والحمار كالوديعة [٢]

١٨٤٩٢ - احتجوا : بما روى مالك [٣] عن ربيعة [٤] بن يزيد مولى المنبعث [٥] عن زيد بن خالد الجهني [٦] قال جاء رجل إلى النبي ﷺ فسأله عن اللقطة فقال : « أعرف عفاصها [٧] ووكاءها [٨] وعرفها سنة فإذا جاء صاحبها [٩] وإلا فشأنك بها » قال : فضالة الغنم قال : « خذها فإنما هي لك أو لأخيك ، أو للذئب » فقال : يا رسول الله فضالة الإبل فغضب رسول الله ﷺ حتى احمرت وجنتاه واحمر وجهه ، وقال : « مالك ولها معها معاقرها وحداؤها [١٠] وشقاؤها [١١] ترد الماء وترعى الشجر [١٢] دعها حتى يلقاها ربها » [١٣] .

---

(١) قال في مجمع الأنهر وكما يجوز التقاط الشاة المملوكة لا لأجل نفسه ، وإنما لردها إلى صاحبها كذلك الإبل في البرية . انظر : مجمع الأنهر (٧٠٦/١) .

(٢) قال في البدائع أما حالة الأمانة فهي أن يأخذها لصاحبها ، وتكون أمانة وفي يده تأخذ أمانة فكانت في يده كيد المودع . انظر : بدائع الصنائع (٢٠١/٦) .

(٣) هو : أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك الأصبحي ولد عام ٩٣ هـ روي عن نافع والزهري وغيرهم وروى عنه يحيى بن أبي كثير والأوزاعي والثوري وغيرهم ، من أهم مصنفاته الموطأ مات عام ١٧٩هـ . انظر : تذكرة الحفاظ (٢٠٧/١) طبقات الشيرازي ص ١٤٦ ، التاريخ الكبير (٣١٠/٧) ، العبر للذهبي (٢١٠/١) .

(٤) هو : ربيعة بن أبي عبد الرحمن القرشي روي عن أنس بن مالك وسعيد بن المسيب وعطاء بن يساد وغيرهم ، وروى عنه يحيى بن سعيد الأنصاري وسليمان التيمي وغيرهم مات ١٣٦ هـ . انظر : شذرات الذهب (١٩٤/١) ، وفيات الأعيان (٢٨٨/٢) ، تذكرة الحفاظ (١٥٧/١) .

(٥) في جميع النسخ [المتعيب] الصحيح ما أثبتناه . هو : يزيد مولى المنبعث المدني روى عن أبي هريرة وزيد بن خالد ، ذكره ابن حبان في الثقات . انظر : التاريخ الكبير (٣٦٢/٨) ، الكاشف (٢٥٢/٣) ، التقريب ٦٠٦ .

(٦) هو : زيد بن خالد الجهني روي عن النبي ﷺ ، وعنه السائب بن يزيد الكندي والسائب بن خلاد الأنصاري وغيرهم مات بالمدينة ٧٨ هـ انظر : تهذيب التهذيب (١٧٥/٥) ، تذكرة الحفاظ (١٨٤/٢) ، الإصابة (١٨٣/٤) .

(٧) العفاص : هو الوعاء الذي يكون فيه النفقة سواء كان من جلد أو من خرقة وغير ذلك انظر : اللسان (٣٠١٤/٤) .

(٨) الوكاء : هو ما يشد به الكيس وغيره يقال وكأ مقعدته أي شدها بالعقود علي الوطأ الذي تحته انظر : المصباح المنير (٩٢٤/٢) .

(٩) في (ع) : [طالبها] .

(١٠) حداؤها : هو ما توطئ عليه البعير من خفة الفرس من حافره . انظر : المعجم الوسيط (١٦٢/١) .

(١١) ساقطة من (م) ، (ن) .

(١٢) في (ع) : [السحر] .

(١٣) أخرجه مسلم في صحيحه كتاب اللقطة (١٣٤٦/٣) ، وانظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٢ ، =

١٨٤٩٣ - الجواب : أنه ﷺ بين أن ضالة المؤمن يجوز أخذها للخوف عليها ، وهذا تنبيه [١] على أخذ الإبل إذا خاف عليها ، وهو خلاف قولهم ، ثم أخبر أنه لا يأخذها إذا كانت محفوظة يرجى لقاء صاحبها ، ومتى كانت كذلك لم يجز أن يأخذها فربما بعدت عن مالكها ، والكلام إذا خاف عليها ، أو غلب على ظنه أن مالكها لا يلقاها فيأخذها فيحفظها ، وإنما فرق ﷺ بين الإبل والغنم [٢] .

١٨٤٩٤ - لأنه لم يرى الغنم تستقل بنفسها ، فلم يؤمن عليها ، وهذا هو الغالب من حالها فخرج كلامه على الغالب في دينه به على إحدى حالة الإبل ، وبين بالنطق حكمها إذا كانت محفوظة يلقاها مالكها في الغالب .

١٨٤٩٥ - وقال في خبر عياض / : عرفها ، وهذا بيان لحكم الضالة التي يتعذر أن يلقاها بها إلا بعد التعريف . ٨٠

١٨٤٩٦ - قالوا : روي عن المنذر بن جرير [٣] قال : كنت مع جرير بن عبد الله البجلي [٤] في البواذيج [٥] فجاء الراعي بالبقر وقال : فيها بقرة ليست منها ، فقال له جرير : أخرجها فقد [٦] سمعت رسول الله ﷺ يقول : « لا يأوي [٧] الضالة إلا ضال » [٨] .

١٨٤٩٧ - وروى مطرف بن الشخير [٩] [١٠] عن أبيه [١١] قال : قدمنا على رسول

= الحاوي للماوردي (٧٥/١٠) ، المهذب (٤٣١/١١) ، مغني المحتاج (٤٨٦/٢) .

(١) في (م) : [بينه] . (٢) في (م) : [الصثم] .

(٣) هو : المنذر بن جرير بن عبد الله البجلي الكوفي روي عن أبيه ، وروى عنه عبد الملك بن عمير وعون بن أبي جحيفة والسبيعي وغيرهم ، انظر : تهذيب التهذيب (٣٠٠/١٠) - ، الكاشف (١٥٤/٣) ، التاريخ الكبير (٣٥٦/٧) .

(٤) في (م) : [النحلي] .

(٥) هي بلدة قديمة على دجلة انظر : معجم البلدان (٤٢٥/٢) .

(٦) ساقطة من (ص) ، (ع) . (٧) ساقطة من (ن) .

(٨) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى كتاب اللقطة (١٩٠/٦) ، والطحاوي في شرح معاني الآثار باب اللقطة ، والضوال (١٣٣/٤) ، والطبراني في المعجم الكبير (٣٣٠/٢) ، والبغوي في شرح السنة (٣١٦/٨) ، وأصله في صحيح مسلم من حديث زيد بن خالد ، صحيح مسلم بشرح النووي (٤٢/١٢) ط مؤسسة قرطبة .

(٩) في جميع النسخ [السخير] والصحيح ما أثبتناه .

(١٠) مطرف بن عبد الله بن الشخير .. البصري ولد عام بدر روى عن أبيه ، وعلي ، وعمار وغيرهم ، وروى عنه الحسن البصري وقتادة وغيرهم مات عام ٨٦ هـ انظر : سير أعلام النبلاء (١٨٧/٤) ، طبقات ابن سعد (٤٤١/٧) ، شذرات الذهب (١١٠/١) .

(١١) هو : عبد الله بن الشخير بن عوف الجريش روى عن النبي ﷺ ، وروى عنه بنوه مطرف ، وهاني =

اللَّه ﷺ في نفر من بني عامر (١) فقال : يا رسول اللَّه في هذا من الإبل أفنأخذها قال : « لا تفعلوا ، ضالة المؤمن حرق النار » (٢) .

١٨٤٩٨ - والجواب : أن هذا محمول علي من أواها لا يقصد بذلك منفعة صاحبها ، ومن أخذها لينتفع بها .

١٨٤٩٩ - الدليل عليه ما روي عن شريك بن عبد اللَّه بن الشخير ، عن أبي مسلم (٣) عن الجارود (٤) قال بينما رسول اللَّه ﷺ يمر علي أهل عجاف (٥) فقلنا : يا رسول اللَّه إنا نمر بالجرف (٦) فنجد إبلًا أفنتركها (٧) فقال : « ضالة المسلم حرق النار » (٨) .

١٨٥٠٠ - وهذا يبين أن النهي وقع على أخذ الضالة للانتفاع بها فأما إذا أخذت لمنفعة مالكها فذلك غير ممنوع بدلالة ما روى سراقة بن مالك (٩) أنه جاء رسول اللَّه

= وغيرهم ، انظر : أسد الغابة (١٨٣/٣) ، طبقات ابن سعد (٣٤/٧) ، تهذيب الكمال (٨١/١٥) .

(١) بني عامر : بطن من خفاجة بن عمرو بن كعب انظر : معجم القبائل العربية (٧٠٣/٢) .

(٢) أخرجه ابن ماجه في ستن باب ضالة الإبل والبقر والغنم (٨٣٦/٢) وإسناده صحيح ورجاله ثقات ، والبغوي في شرح السنة (٣١٦/٨) ، والطبراني في المعجم الكبير (٢٦٥/٢) ، والطحاوي في شرح معاني الآثار (١٣٣/٤) .

(٣) هو : أبو مسلم الجذمي روي عن أبي ذر والجار ود العبدي ، وروى عنه قتادة ، ومطرف ويزيد والعلاء ابنا عبد اللَّه بن الشخير ، ذكره ابن حبان في الثقات انظر : تقريب ص٦٧٣ ، الكاشف (٣٣٣/٣) ، تهذيب التهذيب (٢٣٥/١٢) في الأصل ص٥٣ .

(٤) هو : بشر بن عمرو بن حنشي العبدي روى عن النبي ﷺ ، وروى عنه أبي مسلم الجذمي وغيره مات عام ١٧ هـ انظر : الكامل لابن الأثير (٣٧٦/٢) . ، وتقريب التهذيب ص١٣٧ ، المجروحين (٢٢٠/١) .

(٥) عجاف بالكسر علي غير قياس بمعنى الهزل . انظر : مختار الصحاح ص ٤٣ .

(٦) الجرف بضم الراء وسكونها هو ما تحركه السيول وأكلته من الأرض انظر : اللسان (٦٠٢/١) .

(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [أفتركها] .

(٨) أخرجه ابن ماجه في سننه من طريق يحيى بن سعيد عن حميد الطويل (٨٣٦/٢) ، وأحمد في مسنده (٨٠/٥) ، والبيهقي في ذ .

(٩) سراقة بن مالك بن جعشم بن مالك بن عمرو بن مالك بن تيم بن مدلج بن مرة عبد مناف بن كنانة المدلجي : يكنى أبو سفيان من مشاهير الصحابة كان ينزل قديدًا وقيل أنه سكن مكة ، وهو الذي لحق النبي ﷺ وصاحبه أبا بكر يوم الهجرة . روى عن النبي ﷺ ، وروى عنه : جابر عبد اللَّه ، والحسن البصري وزيادة أبو راشد بن الجندي وسعيد بن المسيب وعبد اللَّه بن عباس وعبد اللَّه بن عمرو بن العاص قال أبو عمرو ابن عبد البر وغيره : مات في صدر خلافة عثمان سنة أربع وعشرين ، وقيل إنه مات بعد عثمان . انظر : تهذيب الكمال (٢١٤/١٠ ، ٢١٥) .

ﷺ فقال : يا رسول الله أرأيت الضالة ترد على حوض إبلي ألي أجر أن أسقيها ؟ فقال : « في الكبد الحراء [1] [2] أجر » [3]

١٨٥٠١ - وقد علم أن تركها على حوضه وسقيها إبقاء وقد جعل رسول الله ﷺ له أجر على ذلك .

١٨٥٠٢ - لأنه آواها لمنفعة صاحبها ، وقد كان عمر يأوي الضيعان في حظيرة [4] ويجعلها مع خيل المجاهدين وإبل الصدقة ترعى في الحمى [5] .

١٨٥٠٣ - فدل على أنه فهم من الخبر ما ذكرناه من الإبقاء الذي يقصد به منفعة المالك .

* * *

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الحرير] . الحراء : الحرة العطش ومنه قولهم : رواه الله يا لحرة تحت القذة أي أعطشه وإن البرد الحر . (٢) انظر : المنجد في اللغة ص ١٢٤ .

(٣) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (١٣٤/٤) .

(٤) في (ع) : [حضيرة] .

(٥) حمى الشيء حميًا ، وحماية منعه ودفع عنه ، والحمى موضع فيه كلأ يُحمى من الناس أن يرعى فيه انظر : اللسان (١٠١٤/٢) . أخرجه مالك في الموطأ (٨٦/٢) .

مسألة ٩٢٦

الانتفاع باللقطة بعد التعريف

١٨٥٠٤ - قال أصحابنا : [1] : إذا عُرِّف اللقطةُ حولًا جاز له أن ينتفع بها إن [2] كان فقيرًا ، وإن كان غنيًا فله أن يتصدق بها ، وله أن يمسكها ، وليس له أن ينتفع بها [3] .

١٨٥٠٥ - وقال الشافعي : يجوز للفقير [4] أن ينتفع بها بعد الحول ، ويكون فرضًا عليه [5] .

١٨٥٠٦ - لنا : قوله ﷺ : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه » [6]

١٨٥٠٧ - وقال » ضالة المؤمن حرق النار » [7] ، وقال : « لا يأوي الضالة إلا ضال » [8] ، وهو عام إلا ما منع منه دليل .

١٨٥٠٨ - وروى عياض بن حماد أن النبي ﷺ قال : « من التقط لقطة فليشهد ذا عدل أو ذوي عدل ، ولا يكتم [ولا يغيب] [9] فان جاء صاحبها فهو أحق بها ، وإلا فهي مال اللّٰه يؤتيه من يشاء » [10] ، والمنع من كتمانها يدل علي المنع من استهلاكها ؛ لأن الاستهلاك أكثر من الكتمان ، وقوله : فإنه مال اللّٰه [11] يدل على أنه [12] قصد

---

(١) سقط بجميع النسخ وأثبتناها . (٢) في (ن) : [إذا] .
(٣) انظر : بدائع الصنائع (٢٠٢/٦) ، نتائج الأفكار (١٣١/٦) ، العناية على الهداية (١٣١/٦) البناية (٣٨/٦) ، البحر الرائق (١٧٠/٥) . وبه قال مالك مع الكراهة ، انظر : الكافي (٨٣٧/٢) ، منح الجليل (١٢٢/٤) ، المبدع (٢٨٩/٥) ، المقنع (٣٠١/٢) .
(٤) في (ع) : [للغير] .
(٥) وبه قال أحمد في المشهور من المذهب انظر : الشرح الصغير (٤٧٥/٥) - ، أسهل المدارك (٧٥/٣) ، المغني (٣٢٦/٦) ، شرح الزركشي (٣٢٧/٤) .
(٦) أخرجه الدارقطني في سننه (١٧٢/٤) وهو متروك والبيهقي في السنن الكبرى (١٠٠/٦) .
(٧ ، ٨) سبق تخريجه . (٩) في (ع) : [ولا يعني] .
(١٠) أخرجه أبو داود في سننه بلفظه (١٣٦/٢) وابن ماجه بنحوه (٨٣٧/٢) ، وأحمد في المسند (١٦١/٤) ، وابن أبي شيبة (٤٥٥/٦) ، والهيثمي في كشف الأستار (١٣١/٢) .
(١١) ساقطة من (ص) .
(١٢) في (ع) : [من] .

القرابة [١] .

١٨٥٠٩ - وروى أبو إسحاق [٢] أن رجلًا التقط لقطة فأتى عليًا فذكر ذلك له فقال : عرفها فان جاء صاحبها فادفعها إليه وإلا فتصدق بها ، فان جاءها طالب فخيره فان أحب أن يكون أجرها له ، وإلا فادفعها إليه [ويكون أجرها لك] [٣] .

١٨٥١٠ - وروى ابن المبارك [٤] ، عن الثوري [٥] ، عن إبراهيم [٦] عن سويد [٧] عن عثمان [٨] قال في اللقطة : تعرفها سنة فان جاء صاحبها وإلا تصدق بها ، فأن جاء صاحبها بعد أن تصدق بها خيره [٩] بين الأجر والغرم [١٠] وروي أبو وائل [١١] عن عبد

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (٢٠٠/٦) ، البناية (٢٩/٦) .

(٢) هو : عمرو بن عبد اللّٰه بن علي .. ابن السبيع روى عن زيد بن أرقم وعبد اللّٰه بن عمر ، والبراء بن عازب وغيرهم وروى عنه الأعمش ، وشعبه ، والثوري وغيرهم ، ووثّقه يحيى بن معين ، وفاته ١٢٧ هـ انظر : تذكرة الحفاظ (١١٤/١) الجرح والتعديل (٢٤٢/٦) ، التاريخ الكبير (٣٤٧/٦) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) . أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٨٨/٦) ، وابن أبي شيبة في المصنف (٤٥١/٦) ، وعبد الرزاق في المصنف (١٣٩/١٠) .

(٤) هو : عبد اللّٰه بن المبارك بن واضح ... المروزي ولد عام ١٢٨ هـ روى عن سليمان التيمي والأعمش ويحيى بن سعيد الأنصاري وغيرهم ، وروى عنه معمر والثوري وابن مهدي وغيرهم مات عام ١٨١ هـ انظر : السير (٣٧٨/٨) ، صفوة الصفوة (١٣٤/٤) ، تاريخ بغداد (١٥٢/١٠) .

(٥) هو : سفيان بن سعد بن مسروق ... العدناني ولد عام ٩٧ هـ روى عن إبراهيم بن عبد الأعلى ، وإبراهيم ابن عقبة ، وأسامة بن زيد وغيرهم ، وروى عنه أولاده وأبو عوانة وغيرهم مات بالبصرة عام ١٢٦هـ . انظر : تذكرة الحفاظ (٢٠٣/١) ، السير (٢٢٩/٧) حلية الأولياء (٣٥٦/٦) ، تاريخ (١٥١/٩) .

(٦) هو : إبراهيم بن يزيد بن قيس ... النخعي روى عن مسروق ، وعلقمة ، وعبيدة السلماني وغيرهم ، وروى عنه الحكم بن عتبة ، وعمرو بن مرة ، وحماد بن أبي سلمة وغيرهم ، مات عام ٩٦ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٥٢٠/٤) ، التاريخ الكبير (٣٣٣/١) ، طبقات ابن سعد (٢٧٠/٦) .

(٧) هو : سويد بن غفلة الجعفي روي عن أبي بكر وعمر وعثمان ، وعلي وغيرهم ، وروى عنه سلمة بن كعب وإبراهيم النخعي والشعبي وغيرهم ، مات عام ٨١ هـ . انظر : طبقات الحفاظ للسيوطي ص ١٧ ، طبقات ابن سعد (٦٨/٦) ، حليه الأولياء (١٧٤/٤) ، السير (٦٩/٤) .

(٨) هو : عثمان بن عفان بن أبي العاص ... القرشي روى عن النبي ﷺ ، وروى عنه ابن مسعود وزيد بن ثابت وأبو هريرة وغيرهم ، مات عام ٣٥ هـ . انظر : تاريخ الطبري (٥٨٩/٢) ، المنتظم (٤٩/٥) الكاشف (٢٢٢/٢) ، تهذيب التهذيب (١٣٩/٧) .

(٩) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(١٠) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٤٥٢/٦) ، عبد الرازق في المصنف (١٣٩/١٠) .

(١١) هو : شقيق بن سلمة الكوفي روي عن أسامة بن زيد ، والبراء بن عازب وحذيفة بن اليمان وغيرهم ، وروى عنه الثوري ، والأعمش وغيرهم وثقه ابن سعد ، مات عام (٨٢ هـ) ، انظر : السير (١٦١/٤) ، =

اللَّه [١] أنه [٢] اشترى جارية بسبعمائة درهم فطلب صاحبها ، فلم يجده فعرفها حولًا وخرج إلى [المساكين] [٣] وجعل يعطيهم ويقول : عن صاحبها فإن أبي فلي وعليّ [أيضًا له ثم قال : هكذا نفعل بالضالة وروى باللقطة] [٤] .

١٨٥١١ - وروى ابن أبي ذئب [٥] عن المنذر بن المنذر قال : جاء رجل إلى ابن عباس بصرة مسك وقال : إني وجدت هذه فقال : عرفها فإن وجدت صاحبها وإلا فتصدق بها [٦] .

١٨٥١٢ - وروى نافع [٧] عن ابن عمر أنه قال للذي عرفها : فإن وجدت [٨] لقطة تعرفها فإن لم تجد صاحبها لا آمرك أن تأكل ، أو شئت لمن يأخذها [٩]

١٨٥١٣ - وعن أبي هريرة في اللقطة قال : يعرفها حولًا فان لم يجد صاحبها باعها وتصدق بثمنها ، فإن جاء صاحبها خير ، فإن شاء كان الأجر له ، وإن شاء أعطى الثمن [١٠] وهذا اتفاق منهم على أن جهتها صدقة ، وإن تصدق بها صدقة

= تهذيب الكمال (٥٤٨/٢) ، الكاشف (١٣/٢) .

(١) هو : عبد اللَّه بن مسعود بن غافل الهذلي روي عن النبي ﷺ ، وروى عنه جابر بن عبد اللَّه وابن عباس وأبو هريرة وغيرهم مات ٣٢ هـ ودفن بالبقيع انظر : تذكرة الحفاظ (١٣/١) ، حلية الأولياء (١٢٤/١) ، طبقات الحفاظ للسيوطي ص ٥ .

(٢) ساقطة من النسخ وزدناها ليستقيم المعنى بها .

(٣) بياض في ص .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) . أخرجه بن أبي شيبة في المصنف (٤٤٩/٦) ، وعبد الرزاق في المصنف - (١٣٩/١٠) والطحاوي في شرح معاني الآثار (١٣٩/٤) والبيهقي في السنن الكبرى (٨٨/٦) .

(٥) هو : محمد بن عبد الرحمن بن المغيرة العامري روي عن نافع وابن الزبير المكي وعطاء بن أبي رياح وغيرهم ووى عنه ابن جريج ، وقيس بن الربيع والثوري وغيرهم مات عام ١٥٨هـ انظر : في السير (١٣٩/٧) الكاشف (٦١/٣) ، تهذيب التهذيب (٣٠٣/٩) .

(٦) سبق تخريجه .

(٧) نافع أبو عبد اللَّه القرشي ثم العدوي مولي ابن عمر روي عن ابن عمر ، وعائشة وأبي هريرة وأبي سعيد الخدري وغيرهم ، وروى عنه الزهري وأسامة بن زيد وعمر وأبو بكر وغيرهم قال البخاري أصح الأسانيد مالك عن نافع عن ابن عمر مات عام ١١٧ هـ ، انظر : تذكرة الحفاظ (١٢٧/١) ، الكاشف (٢١٦/٢٥) .

(٨) في (م) ، (ن) : [وجد] .

(٩) رواه مالك في الموطأ باب في اللقطة وما يصنع بها (٧٥٨/٢) . وقد أجيب عن ذلك بقول الشافعي لعل ابن عمر أن لا يكون سمع الحديث عن النبي ﷺ في اللقطة ولو لم يسمعه أينفي أن يقول لا يأكلها كما قال ابن عمر . انظر : السنن الكبرى (١٨٨/٦) .

(١٠) أخرجه الدارقطني في السنن (١٨٢/٤) بلفظ مقارب .

موقوفة [١] على مال صاحبها ، وعند مخالفنا إن تصدق بها فهي صدقة عنه غير موقوفة ، ولم يقل أحد منهم أنه يمتلكها ولا ينفقها .

١٨٥١٤ - ولأنه مال أمر بإمساكه لطالب مستحقه ، فلا يجوز له الأكل منه من غير حاجة كمال بيت المال [٢] [ولأنه لا يجوز له أكل ضالة الإبل فلا يجوز له أكل اللقطة كما قبل الحول ولأنه مال لا يحل للغير أكله قبل الحول فلم يجز بعده فاستحق الزكاة .

١٨٥١٥ - ولأنه غنى فلا يجوز له الانتفاع باللقطة كما لو تصدق بها الملتقط على غنى] [٣]

١٨٥١٦ - احتجوا : [٤] بما روى زيد بن خالد الجهني عن النبي ﷺ أنه قال : « أعرف عفاصها ووكاءها فان جاء صاحبها وإلا [٥] فشأنك بها » [٦]

١٨٥١٧ - والجواب : أي شأنك حفظها والعمل فيها كما كنت تعمل قبل الحول ، لأنه شأن معروف وهذا هو الشأن المعروف الذي كان ثابتًا ، وقوله اصنع بها ما تصنع بمالك معناه من الحفظ والاجتهاد ألا ترى أن الانتفاع والإنفاق لا يصفه الملتقط عندهم ، وإنما يمتلكها ثم يصنع الانتفاع بمال نفسه والذي يصنع عندهم باللقطة استقراضها وتملكها ، وذلك لا يتصور أن يفعل في مال نفسه [٧]

١٨٥١٨ - يبين هذا ما روي في خبر أن النبي ﷺ قال : « عرفها حولا فإن لم تعرف فاستنفع بها ولتكن وديعة عندك ، فان جاء لها طالب يوما من الدهر فأدها إليه » [٨] .

١٨٥١٩ - وهذا يدل على أنه يحفظ العين ولا يتلفها حتى يؤديها إلى صاحبها [٩] .

١٨٥٢٠ - قالوا : روى عن أبي بن كعب أنه قال : وجدت صرة على عهد رسول

(١) في (ع) : [غير] .
(٢) انظر : فتح القدير (١٢٣/٦) .
(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٤) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٠ ، المهذب (٤٢٩/١) المغني (٣٢٧/٦) .
(٥) ساقطة من (م) .
(٦) انظر : بدائع الصنائع (٢٠٢/٦) .
(٧) انظر : بدائع الصنائع (٣٢٨/٦) . وقد نوقش هذا بأن هذه الألفاظ الواردة عن الرسول ﷺ تدل على ملكية الملتقط بعد التعريف حولًا لأن الالتقاط والتعريف سبب للتمليك فإذا تم وجب أن يثبت به الملك حكمًا كالأحياء والاصطياد ، انظر : الحاوي الكبير (٨١/١٠) ، المغني (٣٢٧/٦) .
(٨) أخرجه البخاري (٨٥٥/٢) وما بعدها ، ومسلم في صحيحه (١٣٤٩/٣) .
(٩) انظر : فتح القدير (١٢٣/٦) ، مجمع الأنهر (٧٠٦/١) . وقد نوقش هذا بأنه ورد في رواية لمسلم فإن جاء صاحبها فعرف عددها ووكاءها فأعطاها إياه وإلا فهي لك . انظر : المجموع (٢٥٧/١٥) .

الله ﷺ فيها مائة درهم فأتيت بها النبي ﷺ فحدثته فقال : « عرفها حولًا » فقلت : أرأيت إن لم أجد صاحبها ، قال : « استنفقها » (١) .

١٨٥٢١ – قالوا : وروي أنه قال : « فأخلطها بمالك » (٢) وروي أنه قال : « فاحفظها بملكك » (٣) .

١٨٥٢٢ – وروي أنه قال : « فاستمتع » .

١٨٥٢٣ – قال الشافعي : كان أبي بن كعب من أغنياء الصحابة وأيسرهم (٤) .

١٨٥٢٤ – قلنا : الاستمتاع باللقطة والاستنفاق إنما يكون إذا تصدق بها فأما عندهم يستمتع بمال نفسه لا باللقطة فصار الخبر من هذا الوجه دليلنا (٥) .

١٨٥٢٥ – ولأن أخذها بعوض يلزمه الاستمتاع والصدقة يتعجل بها الثواب ولا يلزم في ذمته شيئًا إلا أن يحضر مالكها فيطالب بالضمان والاستمتاع [أخص] (٦) بالصدقة (٧) .

١٨٥٢٦ – ولأن النبي ﷺ إذا أمر بالانتفاع بها فقد أقرضه إياها ، وللنبي ﷺ ولاية على اللقطة (٨) .

١٨٥٢٧ – ويجوز أن يقرضها عندنا كما يقرض مال اليتيم احتياطًا (٩) ، والخلاف إذا أقرضها نفسه (١٠) ، وليس في الخبر دلالة على هذا ، ولأن أبيًا كان فقيرًا فأباح ﷺ إنفاقها ، وكذلك نقول (١١) [والدليل على أن الأصل فقره : ما روى أبو يوسف عن عمير عن سلمة بن كهيل أن النبي ﷺ أمر أبيًا أن يعرفها ثلاثة أحوال ثم قال له : « كلها فإنك ذو حاجة إليها » وهذا يدل على قصده وعلى أن إباحة الإنفاق متعلق به سقط العلة .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٨٥٥/٢) ، ومسلم في صحيحه (١٣٤٨/٣) .
(٢) رواه النسائي في الكبرى (٤١٩/٣) ، وابن ماجه (٨٣٧/٢) .
(٣) رواه مسلم في صحيحه (١٣٥٠/٣) .
(٤) انظر : الأم للشافعي (٧٠/٤) النكت ورقه ١٨١ ، الحاوي للماوردي (٨١/١٠) .
(٥) انظر : بدائع الصنائع (٢٠٢/٦) ، البناية (٤٢/٦) .
(٦) في (ن) : [لا حضر] وفي (ع) : [أحص] .
(٧) انظر : المبسوط (٧/١١) ، بدائع الصنائع (٢٠٢/٦) ، البحر الرائق (١٦٥/٥) .
(٨) انظر : البحر الرائق (١٦٥/٥) . (٩) انظر : المبسوط (٧/١١) .
(١٠) ذهب الحنفية إلى أنه إن كان غنيًا ليس له أن يصرف اللقطة إلى نفسه ، وقال الشافعي : له ذلك على أن يكون دينًا عليه إذا جاء صاحبها لحديث أبي بن كعب ﷺ . انظر : المبسوط (٧/١١) ، المجموع (٢٦٤/١٥) .
(١١) انظر : المبسوط (٦/١٢) ، البحر الرائق (١٧٠/٥) ، البناية (٣٩/٦) .

١٨٥٢٨ - فإن قيل : هذا مرسل لأن سلمة بن كهيل لم يلق أبيًا] [١]

١٨٥٢٩ - قلنا : سلمة بن كهيل روى خبرهم عن سويد بن غفلة [٢] ، وإذا علم أنه عنده عن سويد فإذا علقه لم يكن مرسلًا ، وقد روى ثمامة [٣] عن أنس [٤] قال كان لأبي طلحة [٥] أرضًا فجعلها لله فأتى النبي ﷺ فقال : « اجعلها في فقراء قرابتك » ، فجعلها في حسان بن ثابت [٦] ، وأبي بن كعب [٧] .

١٨٥٣٠ - وقولهم : إن أبا داود [٨] ذكر هذا الخبر وقال فيه : « اجعلها في قرابتك » [٩] لا حجة فيه لأن الزائد أولى [١٠]

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٢) وهو : سويد بن غفلة بن عوسجة بن عامر بن وداع بن معاوية بن الحارث بن مالك بن سعد بن حريم بن جعص بن سعد لعشيرة بن مذبح روي عنه أنه قال : أنا لدة رسول الله ﷺ ولد عام الفيل ، روى عنه أنه قال : أنا أصغر من النبى بسنتين ، قدم المدينة حين نقضت الأيدى من دفن رسول الله شهد فتح اليرموك وخطبة عمر بالجابية وسكن الكوفة . روى عن بن أبي كعب وبلال بن رباح الحسن بن على وسعان بن ربيعة وغيرهم ، روى عنه : ابراهيم بن عبد الأعلى وإبراهيم بن يزيد وآخرون انظر : تهذيب الكمال (٢٦٥/١٢-٢٦٨) .

(٣) هو : ثمامة بين عبد الله بن مالك .. الأنصاري روي عن جده ، والبراء بن عازب وقتادة وغيرهم ، وروى عنه ابن عون ، ومعمر ، وأبو عوانة وغيرهم مات بعد العشرين ومائة انظر : السير (٢٠٤/٥) ، خلاصة تهذيب الكمال (١٥٤/١) ، التاريخ الكبير (١٧٧/٢) .

(٤) هو : أنس بن مالك بن النصر روي عن النبي ﷺ وأبي بكر وعمر وروى عنه الحسن بن سيرين والشعبي ، وقتادة وغيرهم مات سنة ٩١ هـ ، انظر : الاستيعاب (١٠٨/١) ، أسد الغابة (١٥١/١) ، السير (٣٩٥/٣) .

(٥) هو : زيد بن سهل بن الأسود الخزرجي روى عن النبي ﷺ وروى عنه أنس بن مالك وزيد بن خالد الجهني وابن عباس وغيرهم مات سنة ٣٤ بالمدينة انظر : السير (١٣٥/٢) ، التاريخ الكبير (٣٨١/٣) ، الاستيعاب (٣٥٥/٢) ، أسد الغابة (١٨١/٦) .

(٦) هو : حسان بن ثابت بن المنذر بن النجار روى عن النبي ﷺ وروى عنه البراء بن عازب وابن المسيب وغيرهم شاعر رسول الله ﷺ وسيد الشعراء المؤمنين مات٥٤ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٥١٢/٢) الإصابة (٢٣٧/٢) ، الجرح والتعديل (٢٣٣/٣) ، والاستيعاب (٣٤١/١) .

(٧) سبق تخريجه .

(٨) هو : سليمان الأشعث بين إسحاق السجستاني ولد عام ٢٠٢ هـ سمع من مسلم بن إبراهيم ، وأبو داود الطاليس وأبو عمرو الضرير وغيرهم ، وروى عنه الترمذي والنسائي وغيرهم مات ٢٧٥ هـ . انظر : السير (٢٠٣/١٣) ، تاريخ بغداد (٥٥/٩) ، تذكره الحفاظ (٥٩١/٢) .

(٩) أخرجه أبو داود في سننه باب في صلة الرحم (٣١٨/٢) ، ورواه مسلم في صحيحه (٨٤/٧) .

(١٠) في (ع) : [ولي] .

١٨٥٣١ - وقول الشافعي : إنه كان من أغنياء المدينة أخبار عن حاله بعد رسول الله ﷺ والغنى [١] لا يستصحب إلى الزمان الماضي ، وإنما يستصحب إلى المستقبل [٢] .

١٨٥٣٢ - وقولهم : أن النبي ﷺ قال له : « اخلطها بمالك » لا يدل على الغنى ؛ لأن المال القليل إذا يخلط به الكثير ، وبالقليل لا يكون غنيًا .

١٨٥٣٣ - فإن قيل : عندكم [٣] أن الفقير يأخذها صدقة ، ويكره أن يتصدق علي فقير بعشرين دينارًا ، فكيف يأمره النبي ﷺ أن يأخذ مائة [٤] دينار [٥] ؟ .

١٨٥٣٤ - قلنا : أمره بإنفاقها صدقة ، وهو ينفقها النفقة المعتادة ، وروي فخذوا على ملك صاحبها ، فكل أجر أنفقه فقد حصل له [٦] صدقة فلا يكون صدقة ، وبصفات في حالة واحدة ، والذي روي عن عطاء أن عليًا : وجد دينارًا فأتى النبي ﷺ فقال : « فعرفه فعرفته إلى أن قال : فشأنك به » [٧] لا دلالة فيه أن النبي ﷺ أقرضه إياه ؛ لأن إذنه في إنفاقه قرض/ ويجوز ذلك للإمام على ما قدمناه .

١٨٥٣٥ - لأن عليًا تصرف فيه لحاجته بدلالة ما روي في الخبر أنه دخل على فاطمة [٨] والحسن [٩] والحسين [١٠] يبكيان من الجوع فأخرجه [١١] ليبتاع به خبزًا والتصرف للحاجة يجوز في مال الغير ، فجاز في اللقطة بشرط الضمان كما يجوز في الوديعة [١٢] .

١٨٥٣٦ - وقول الشافعي : إن عليًا لا يحل له الصدقة صحيح ، فلم يأخذه صدقة

---

(١) في (م) ، (ع) : [العناء] .

(٢) انظر : المبسوط (١٦/١١) ، البداية (٣٩/٦) .

(٣) ساقطة من (ع) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [صلبة] .

(٥ ، ٦) ساقطة من (ع) .

(٧) سبق تخريجه .

(٨) هي : فاطمة بنت رسول الله ﷺ أبي القاسم محمد بن عبد الله القرشي روت عن أبيها ، وروى عنها ابنها الحسين ، وعائشة ، وأم سلمة ، وأنس بن مالك وغيرهم توفيت بعد النبي ﷺ بخمسة أشهر وعاشت خمسًا وعشرين سنة . انظر : طبقات ابن سعد (١٩/٨) ، حلية الأولياء (٣٩/٢) ، أسد الغابة (٢٢٠/٧) .

(٩) هو : الحسن بن علي بن أبي طالب روى عن النبي ﷺ وروى عنه عائشة والشعبي بن غفلة ومحمد بن سيرين وغيرهم ، مات عام ٥٠هـ ودفن بالبقيع انظر : صفة الصفوة (٧٥٨/١) العبر (٣٩/١) ، أسد الغابة (١٠/٢) .

(١٠) هو : الحسين بن علي بن أبي طالب الهاشمي روى عن النبي ﷺ ، وروى عنه والداه علي وفاطمة وعكرمة والشعبي وغيرهم مات يوم عاشوراء سنة إحدى وستين . انظر : أسد الغابة (١٥/٢) ، الإصابة (٤١٥/١) .

(١١) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(١٢) وقد نوقش هذا بأن الوديعة لا يجوز للفقير أكلها واللقطة يجوز للفقير أكلها والوديعة لا يجوز التصدق بها واللقطة يجوز التصدق بها انظر : النكت ورقة ١٨١ .

عندنا ، وإنما أخذه للحاجة علي وجه الضمان يبين [1] ذلك أنه لا يجوز أن ينتفع بما وجده من غير حاجة ، لأنه يجوز أن يكون صدقة ألا ترى أن ما روي عن أنس أن النبي ﷺ رأي ثمرة فقال : « لولا أن تكون من الصدقة لأكلتك » [2] .

١٨٥٣٧ - فدل على أنه لا يجوز أن ينتفع كما لا بأس أن تكون صدقة ، وأنه ينتفع بها للضرورة بشرط الضمان كما ينتفع بملك الغير [3] .

١٨٥٣٨ - قالوا : من جاز له أن يتصدق باللقطة ، جاز أن يأكلها كالفقير [4]

١٨٥٣٩ - قلنا : الفقير يجوز أن يثبت له حق في مال المسلم بمضي الحول فجاز [5] أن يثبت له بعد الحول الانتفاع ، والغني لا يثبت له حق من مال المسلم بمضي الحول فلا يجوز أن ينتفع بها .

١٨٥٤٠ - قالوا : لقطة عرفها ملتقطها حولًا ، ولم يجد صاحبها فجاز [6] له أكلها كالفقير .

١٨٥٤١ - قلنا : الغني [7] لا يجوز له أكل [8] اللقطة عندكم ، وإنما يمتلكها فيأكل [9] ملك نفسه ، والفقير عندنا يأكل اللقطة لأنه ينفقها على ملك مالكها ، فلم يصح الجمع ، والمعنى في الفقير أن الظاهر بعد الحول أنه لا يجد مالكه فحظه من الثواب أوسع من حظه من الضمان ، وفي انتفاع الفقير ثواب ، وليس في انتفاع الغني ثواب فكان اعتبار أنفع الحظين أولى .

١٨٥٤٢ - قالوا : من جاز له التمليك بالاستقراض ، جاز له التمليك باللقطة كالفقير [10] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [يكون] .
(٢) أخرجه البخاري في صحيحه .
(٣) انظر : فتح القدير (١٢٢/٦) . وقد رد ابن قدامة هذا الاستدلال بأن الحديث وارد في جواز انتفاع الواجد بلا تعريف إذا كانت اللفظة شيئًا يسيرًا ، ولا نعلم خلافًا بين أهل العلم في إباحة أخذ اليسير والانتفاع به . انظر : المغني (٣٢٣/٦) ، الشرح الكبير (٣١٩/٦) .
(٤) انظر : الحاوي للماوردي (٨٢/١٠) ، النكت ورقة ١٨١ .
(٥) ساقطة من (ن) .
(٦) في (م) : [مجاز] .
(٧) انظر : النكت ورقة ١٨١ .
(٨) في (م) : [المعنى] .
(٩) في (م) ، (ن) : [أخذ] .
(١٠) انظر : الحاوي للماوردي ١٥ / ورقة ٨٢ ، النكت ورقة ١٨١ ، المهذب (٤٣٠/١) ، المجموع (٢٤٦/١٥) ، المغني (٣٢٧/٦) ، الشرح الكبير (٣٤٩/٦) .

١٨٥٤٣ - قلنا : لا تسلم الحكم في الأصل ، لأن الفقير عندنا لا يملكها [١] .

١٨٥٤٤ - قالوا : التملك حكم من أحكام اللقطة فاستوى فيه الغني والفقير أصله : حفظها والتصدق بها [٢] .

١٨٥٤٥ - قلنا : الغني والفقير لا يستويان في حكم التملك ، بدلالة تملك الزكاة [٣] ولأن الفقير عندنا لا يملك بتملك على ما بينا .

١٨٥٤٦ - قالوا : لا تخلو اللقطة بعد الحول أن تكون في حكم الصدقة ، لأن الضمان يثبت لمالكها ، لا يجب على الفقير إذا أكلها الضمان ، فلم يبق ألا أن يكون بمنزلة القرض ، والغني والفقير يستويان في قبض القرض والتمليك به [٤]

١٨٥٤٧ - قلنا : لا يمنع أن تكون صدقة ، ويجب علي قابضها الضمان كما قال الشافعي في الزكاة المعجلة إذا استغنى الفقير قبل الحول [٥] .

١٨٥٤٨ - وعلى قولنا من مات ولا يعرف له وارث فدفع ماله إلى فقير ثم ظهر له وارث .

* * *

---

(١) انظر : المبسوط (٧/١١) ، البحر الرائق (١٧١٠/٥) ، فتح القدير (١٢٣/٦) ، البداية (٣٨/١١) .

(٢) انظر : النكت ورقة ١٨١ ، المهذب (٤٣٠/١) ، المجموع (٢٦٤/١٥) .

(٣) في (م) ، (ن) : [الزكاوات] .

(٤) انظر : الحاوي ١٥ / ورقة ٨٢ ، النكت ورقة ١٨١ .

(٥) انظر : المهذب (١٦٧/١) ، المجموع (١٥٤/٦) .

استحباب أخذ اللقطة للعدل

١٨٥٤٩ - قال أصحابنا : يستحب أخذ اللقطة للعدل ولا يجب (١) .

١٨٥٥٠ - وقال الشافعي في المزني (٢) : ولا يجب ترك اللقطة لمن وجدها إلا إذا كان أمينًا (٣) .

١٨٥٥١ - فمن أصحابه من قال : فيهما قولان (٤) ، ومنهم من قال : يجب أخذها إذا خاف ضياعها ويستحب إذا لم يخف (٥) .

١٨٥٥٢ - لنا : أن كل من لم يجب عليه أخذ ضالة الإبل لم يجب عليه أخذ اللقطة كالفاسق (٦) .

١٨٥٥٣ - ولأن كل مال لم يجب أخذه على الفاسق الجائر ، لم يجب على الأمين كالوديعة .

١٨٥٥٤ - ولأنه لو وجب حفظها ضمن حفظها كالوديعة (٧) ، ولأن كل فعل [لو تركه لم يضمن به الملتقط فإنه] (٨) لا يمنعها كالتعريف .

---

(١) في (م) ، (ن) : [يجوز] . انظر : تحفة الفقهاء (٦٠٩/٣) ، بدائع الصنائع (٢٠٠/٦) ، البحر الرائق (١٦٢/٥) البناية (١٨/٦) ، وبه قال أحمد : المغني (٣١٩/٦) ، المبدع (٢٧٧/٥) .

(٢) في (ص) ، (م) ، (ع) : [المولي] وفي (ن) : [المرعى] والصواب ما أثبتناه .

(٣) هكذا في جميع النسخ ونص الشافعي كما في النكت للشيرازي قال : « إذا وجد لقطة وهو أمين وجب عليه الأخذ في أحد القولين » . انظر : النكت ورقة ١٨١ .

(٤) أحدهما لا يجب ، والثاني يجب انظر : المهذب (٤٢٩/١) ، مغني المحتاج (٤٠٦/٢) ، حاشية الجمل (٦٠٣/٣) . وبوجوب أخذها على الأمين قال به مالك وهو اختيار أبو الخطاب من الحنابلة ، انظر : شرح الخرشي (١٢٣/٥) ، منح الجليل (١٢٠/٤) ، أسهل المدارك (٧٤/٣) ، المغني (٣١٩/٦) ، المبدع (٢٧٧/٥) .

(٥) وهو قول أبو العباس وأبو إسحاق وغيرهما انظر : المهذب (٤٢٩/١) ، الحاوي (٨٢/١٠) ، مختصر المزني (٢٣٥/٨) ، مغني المحتاج (٤٠٦/٢) .

(٦) أي أن ضالة الإبل لا يجوز التقاطها إلا إذا كان الملتقط أمينًا فكذلك اللقطة لابد أن يكون ملتقطها أمينًا أما أن كان فاسقًا لا يجوز . انظر : بدائع الصنائع (٢٠١/٦) .

(٧) أي أنه يجب علي الملتقط أن يحفظ اللقطة لصاحبها علي سبيل الأمانة فكانت يده يد أمانة كيد المودع في الوديعة . انظر : البدائع (٢٠١/٦) ، الاختيار (٢٥/٣) .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

١٨٥٥٥ - قالوا : قوله تعالى : ﴿ وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ ﴾ [(١)] فأثبت لهم الولاية ، والولي يجب عليه حفظ مال المولى [(٢)] .

١٨٥٥٦ - قلنا : المراد بهذه الآية النصرة وولاية الدين بدلالة أنه قال : ﴿ يَأْمُرُونَ بِٱلْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ ٱلْمُنكَرِ وَيُقِيمُونَ ٱلصَّلَوٰةَ وَيُؤْتُونَ ٱلزَّكَوٰةَ ﴾ [(٣)] فدل أن المراد بالآية موالاة الدين .

١٨٥٥٧ - قالوا : المقصود من اللقطة الحفظ فإذا لم يأخذها فقد ضيع حفظها [(٤)] .

١٨٥٥٨ - قلنا : يبطل إذا امتنع من أخذ الوديعة ، فقد ترك التزام حفظها والأخذ ليس بواجب عليه [(٥)]

* * *

(١) سورة التوبة : الآية ٧١ .
(٢) انظر : المجموع (٢٥١/١٥) .
(٣) سورة التوبة : الآية ٧١ .
(٤) انظر : مغني المحتاج (٤٠٦/٢) ، نهاية المحتاج (٤٢٧/٥) ، وزاد المحتاج (٤٤٣/٢) .
(٥) انظر : بدائع الصنائع (٢٠٠/٦) .

الإشهاد على أخذ اللقطة

١٨٥٥٩ – قال أبو حنيفة : يجب على الملتقط أن يشهد أنه أخذ اللقطة ليردها على مالكها ، فان لم يشهد حتى هلكت فهو ضامن (١) .

١٨٥٦٠ – وقال أبو يوسف ومحمد : الإشهاد ليس بواجب (٢) .

١٨٥٦١ – الشافعي قولان : أحدهما : أن الشهادة واجبة ، والآخر : أنها مستحبة (٣) .

١٨٥٦٢ – لنا : حديث يزيد بن الشخير (٤) عن مطرف بن الشخير (٥) عن عياض بن حماد المجاشعي (٦) عن النبي ﷺ قال : « من التقط لقطة فأشهد ذوي عدل ، ولا يكتم ولا يعين فإن جاء ربها فهو أحق بها وإلا فهو مال (٧) الله يؤتيه من يشاء » (٨) ، والأمر بالإشهاد يدل على الوجوب والنهي عن الكتمان يمنع ترك الإشهاد ؛ لأن ذلك كتمان لها (٩) .

١٨٥٦٣ – ويدل عليه قوله ﷺ : « ضالة المؤمن حرق النار » (١٠) وهذا يمنع من أخذ اللقطة إلا في الموضع الذي أجمعوا عليه (١١) .

١٨٥٦٤ – ولأنه معنى لو وجد في أخذ ضالة الإبل ضمن ، فإذا وجد في ضالة الغنم ضمن كما لو أخذها لنفسه (١٢) .

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (٢٠١/٦) ، المبسوط (١١/١١) ، البحر الرائق (٦٤/٥) ، فتح القدير (١١٨/٦) ، مجمع الأنهر (٧٠٤/١) .

(٢) وبه قال مالك وأحمد انظر : البحر الرائق (٦٤/٥) ، بدائع الصنائع (٢٠١/٦) جواهر الإكليل (٢٢٠/٢) ، شرح الزرقاني (١٢٠/٧) ، المغني (٣٣٥/٦) ، المقنع (٢٩٩/٢) .

(٣) والمذهب أنه لا يجب الإشهاد على الالتقاط كالوديعة سواء كان لتملك أم لحفظ وهذا ما يقتضيه كلام الرافعي ، انظر : النكت ورقة ١٨١ ، المهذب (٤٣٠/١) مغني المحتاج (٤٠٧/٢) .

(٤ ، ٥) سبقت ترجمته .

(٦) في (ع) : [المجامعي] .

(٧) في (م) : [قال] .

(٨) سبق تخريجه .

(٩) انظر : فتح القدير (١٢/٦) رد المحتار (٣١٩/٣) ، البداية (١٧/٦) .

(١٠) سبق تخريجه .

(١١) ساقطة من (م) ، (ن) .

(١٢) أي أن ضالة الإبل والغنم إذا لم يشهد ويعرف ضمن كما لو أخذها لنفسه لحفظها وردها على مالكها . =

١٨٥٦٥ - ولأن كل التقاط عري عن الإشهاد وجب الضمان ، أصله : التقاط ضالة الإبل ، ومن التقط لنفسه [(١)] ، ولأن العقد والقبض كل واحد منهما سبب للضمان فإذا جاز أن يشترط الإشهاد في عقد جاز أن يشترط في قبض ، وتحريره أنه أحد سببي الضمان ، فجاز أن يشترط فيه الإشهاد كالعقد [(٢)] .

١٨٥٦٦ - قالوا [(٣)] روي أن النبي ﷺ قال للسائل : اعرف عفاصها ووكاءها » ولم يأمره بالإشهاد .

١٨٥٦٧ - قلنا : الاستدلال إن كان بصفة الملتقط الذي سأل النبي ﷺ فقال : «أشهد فقد أشهده بقوله : إني وجدت لقطة » [(٤)] وإقراره عند الحاكم من عندنا كشهادة شاهدين .

١٨٥٦٨ - لأن الحاكم ثبت به الحق ، وإن كان الاستدلال ببيان [(٥)] النبي ﷺ مطلقًا ففي خبرنا [(٦)] زيادة ، والمصير إليها أولى [(٧)] .

١٨٥٦٩ - قالوا : من [(٨)] أخذ أمانة فلا يجب الإشهاد كالوديعة وأخذ الوصي [(٩)] مال اليتيم ، والوكيل مال الموكل [(١٠)] .

١٨٥٧٠ - قلنا : الأخذ هاهنا بإذن المالك ، وإذا لم يشهد فقد أسقط حقه ، ومالك اللقطة لم يأذن في الأخذ ، فلم يسقط حقه من الثواب فوجب أن يستوفي .

= انظر : فتح القدير (١٢٥/٦) ، شرح معاني الآثار (١٣٣/٤) .

(١) أي أن التقاط الإبل إذا لم يشهد عليه ضمن فكذا كل التقاط عري عن الإشهاد ضمنت . انظر : البناية (٢٩/٦) .

(٢) أي أنه يشترط الإشهاد على اللقطة كما يشترط الإشهاد على العقد لأن كل من العقد والقبض سبب لوجوب الضمان إذا لم يشهد عليه فكذا في اللفظة عند أبي حنيفة ؛ لأن القبض ضمان وعندهما لا يجب الضمان . انظر : بدائع الصنائع (١٤٨/٥) . وقد رد هذا صاحب المجموع فقال : « لا يجب الإشهاد على اللقطة ؛ لأنه دخول في أمانة فلم يجب الإشهاد عليه كقبول الوديعة » . انظر : المجموع (٢٥٥/١٥) .

(٣) انظر : مغني المحتاج ٤٠٧/٢ .

(٤) سبق تخريجه .

(٥) في (م) : [تبان] .

(٦) في (م) : [خبرها] .

(٧) انظر : المغني (٣٣٥/٦) ، الشرح الكبير (٣٣٥/٦) .

(٨) ساقطة من (ص) .

(٩) في (م) : [الصبي] .

(١٠) أي أن أخذ اللقطة تكون أمانة عند متعلقها كالوديعة عند المودع ومال اليتيم في يد الوصي ، والوكيل في مال الموكل . انظر : النكت ورقة ٢٨١ ، المهذب (٤٣٠/١) ، المجموع (٤٣٢/١٥) ، المغني (٣٣٥/٦) ، الشرح الكبير (٣٥٥/٦) .

١٨٥٧١ - ألا ترى أن من أقام البينة على حي بدين قضي له ، ولا يستخلف له على الاستيفاء إلا أن يدعي خصمه [١] ذلك لأنه يرى المطالبة بحقه مكن اليمين [٢] .

١٨٥٧٢ - ولو قامت البينة على ميت بدين لم يقض عليه حتى يستخلف صاحب الدين ؛ لأن الميت لم يسقط حقه من الاستخلاف .

١٨٥٧٣ - قالوا : مال يضمنه إذا أشهد عليه فلم يضمنه ، وإذا لم يشهد عليه ضمنه كالوديعة .

١٨٥٧٤ - قلنا : إذا أشهد فقد علم أنه أخذ لمالكه ، والأخذ مأذون فيه لا يضمن إذا أشهد ، وإلا فالظاهر أن الأخذ وقع لنفسه ، وأخذ ملك الغير بغير إذنه يتعلق به [٣] الضمان [٤] إلا أنه يفارق الأخذ ما يسقط به الضمان [٥] .

* * *

---

(١) ساقطة من (م) ، (ن) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) أي أن هناك فرق بين ما استدل به الشافعية بقياس اللفظ علي الوديعة والوصي يتملكه مال اليتيم والوكيل في مال الموكل ؛ لأن كل حالة من هذه الحالات بإذن مالكها بخلاف اللقطة حيث لم يأذن له في الأخذ . انظر : البناية (٣٩٧/٧) .

(٣) ساقطة من النسخ .

(٤ ، ٥) انظر : بدائع الصنائع (٢٠١/٦) .

مسألة ٩٢٩

التصرف في اللقطة بعد التعريف

١٨٥٧٥ - قال أصحابنا : لا يملك الملتقط اللقطة ، فإن كان فقيرًا جاز له الانتفاع بها ، وإن كان غنيًّا كان له أن يتصدق بها ، وله أن يملكها لصاحبها ، وليس له أن يتملكها (١) .

١٨٥٧٦ - وقال الشافعي : إذا عرفها حولًا فان جاء صاحبها وإلا فهي له بعد سنة .

١٨٥٧٧ - ومن أصحابه من قال : تدخل في ملكه بغير اختياره .

١٨٥٧٨ - ومنهم من قال : لا تدخل إلا باختياره .

١٨٥٧٩ - واختلفوا فمنهم من قال : يملك بعد (٢) أن يقول : اخترت الملك والتصرف بعده ، ومنهم من يملك بمجرد النية ، ومنهم من قال (٣) : يفتقر إلى قوله : اخترت الملك (٤)

١٨٥٨٠ - لنا : حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : « لا تحل اللقطة فمن التقط لقطة فليعرفها سنة » (٥) ومعلوم أنه لم يرد لا يحل أخذها بقي أن يكون المراد لا يحل تملكها

١٨٥٨١ - ولأن كل حالة لا تملك فيها ضالة الإبل لا تملك اللقطة كما قبل الحول ،

---

(١) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٤٧٠ ، المبسوط (٧/١١) ، بدائع الصنائع (٢٠٢/٦) ، البحر الرائق (١٧٠/٥) ، البناية (٣٨/٦) ، الاختيار (٣٣/٣) .

(٢) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٣) ساقطة من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٤) قال في روضة الطالبين أصحها لا تملك إلا بلفظ كقوله : تملكت ونحوه . انظر : روضة الطالبين (٤١٢/٥) ، الحاوي للماوردي ج ١٠/ ورقة ٨٧ ، النكت ورقة ١٨١ ، المهذب (٤٣٠/١) ، مغني المحتاج (٤١٥/٢) . وبه قال مالك في رواية منح الجليل (١٢٢/٤) شرح الزرقاني على الخليل (١١٣٢/٧) ، وبه قال أحمد المغني في (٣٣٧/٦) ، المبدع (٢٨٦/٥) ، كشاف القناع (٢٢٤/٤) .

(٥) رواه الدارقطني في سننه بنحوه (٤٨٢/٤) ، وأورده الهيثمي في مجمع الزوائد (١٦٨/٤) ورواه البيهقي في السنن الكبرى (١٩٧/٥) ، وعبد الرازق في المصنف (١٣٨/٩) . انظر : المحلى (١٢٢/٧) .

ولأنها أمانة في يده لمن لا يلي عليه ، فلا يجوز أن يملكها كالوديعة (١) ، ولأن مالا يجوز له تملكه قبل الحول ، لا يجوز تملكه بعد الحول كالكلب ، ولأنها لقطة فلا يكون مضي الحول سببًا في تملكها أصله : إذا لم يعرفها (٢) .

١٨٥٨٢ - قالوا : روي أنه ﷺ قال : « فإن (٣) جاء صاحبها وإلا فشأنك بها » (٤) .

١٨٥٨٣ - قلنا : المراد به وإلا فشأنك بها في تعريفها أو حفظها ، ألا ترى أنه لا يقال في التملك شأنك به وإنما يقال هذا في أمر يقال هذا أمر قد تعرف به والشان المعروف هو التعريف والإمساك .

١٨٥٨٤ - قالوا : روي أنه قال : « فإن جاء صاحبها وإلا فهي لك » (٥) .

١٨٥٨٥ - قلنا : روي أنه قال : « هي وديعة عندك » فيحمل قوله : « وهي لك » على معنى يملك التصرف فيها بالحفظ و الصدقة كما روي عن أبي رواحة (٦) قال لأهل خيبر : « إن شئتم فلكم ، وأن شئتم علي » (٧) .

١٨٥٨٦ - قالوا : مال أبيح الانتفاع به بغير أمر مالكه [فجاز له تملكه] (٨) كالزكاة من مال أهل الحرب يجوز تملكه بغير رضى مالكه ، وإن كان الملك معينًا فيجوز إذا كان غير معين (٩) .

١٨٥٨٧ - وفي مسألتنا لا يجوز أن يتملك اللقطة إذا تعين صاحبها إلا بإذنه ، أو بإذن من يلي عليه فكذلك إذا لم يتعين/ فنقول : فاستوى في تملكها ما قبل الحول وبعده كالركاز (١٠) .

---

(١) قال في البدائع : أما حالة الأمانة فهي أن يأخذها لصاحبها ؛ لأن أخذها علي سبيل الأمانة فكانت يده يد أمانة كيد المودع . انظر : بدائع الصنائع (٦/٢٠) .

(٢) أي أنه كما لا يجوز له اللقطة قبل التعريف لا يجوز أن يتملكها بعدد التعريف ، بدائع الصنائع (٦/٢٠٢) ، مجمع الأنهر (١/٧٠٥) .

(٣) ساقطة من (ن)

(٤) انظر : بدائع الصنائع (٦/٢٠٢) ، المجموع شرح المهذب (١٥/٢٥٧) ، فتح الباري (٥/٣٦٨) ، الحاوى للماوردي (١٠/٨٧) ، المهذب (١/٤٣٠) ، المجموع (١٥/٢٦٢) ، المنتقى للباجي (٦/١٣٦) .

(٥) رواه الدارقطني في سننه (٣/٤٢٦) . انظر : قولهم في المجموع (١٥/٢٤٧) .

(٦) هو : عبد الله بن رواحه بن ثعلبة ... الأنصاري ، روى عن النبي ﷺ وبلال بن رباح ، وعنه أنس بن مالك والنعمان بن بشير وأبو مسلمة وعكرمة وغيرهم ، مات في غزوة مؤته . انظر : سير الذهبي (١/٢٣٠) ، أسد الغابة (٣/٢٣٤) ، تهذيب التهذيب (٥/٢١٢) .

(٧) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٣/٢٤٦) .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٩) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨١ .

(١٠) انظر : المبسوط (١١/٧) .

مدة تعريف اللقطة

١٨٥٨٨ - قال أصحابنا : إذا التقط ما دون العشر عرفه ثلاثة [١] أيام و ذكر الحسن[٢] في المجرد عن أبي حنيفة : إن كانت مائتي درهم عرفها حولًا ، فإن كانت عشرة أو أكثر عرفها شهرًا ، وإن كانت دون ذلك عرفها ثلاثة أيام ، وروي أنه إذا كان أقل من عشرة عرفها بقدرها [٣] .

١٨٥٨٩ - وقال الشافعي : وقليل اللقطة و كثيرها سواء فمن أصحابه من حمل هذا على ظاهره وقال : القليل والكثير في التعريف سواء

١٨٥٩٠ - ومنهم من قال : إن كان يسيرًا كالدانق [٤] والكسرة فلا يعرفه ويعرف ما زاد عليه ، ومنهم من قال : وزن القلة [٥] دينار [٦] .

---

(١) في (ع) : [ما ثلاثة] .

(٢) هو : الحسن بن زياد أبو علي اللؤلؤي مولى الأنصار . ولد : بالكوفة . وهو : أحد أصحاب أبي حنيفة ، كان فقيهًا ، قاضيًا ، وكان عالمًا بمذهب الرأي ولي قضاء الكوفة سنة ١٩٤هـ وله مؤلفات أهمها ، الخراج ، والفرائض ، والوصايا ، الأمالي ، وغيرها ، عن أبي حنيفة . حدث عنه : محمد بن سماعة القاضي ، ومحمد بن شجاع الثلجي ، وشعيب بن أيوب وفاته سنة أربع ومائتين . انظر : تاريخ بغداد (٣٢٤/٧) ، الأعلام للزركلي (١٩١/٢) ، الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية (٥٦/٢) مطبعة عيسي البابي الحلبي ، سير أعلام النبلاء (٥٤٣/٩) .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (٢٠٢/٦) ، فتح القدير بشرح الهداية (١٢١/٦) ، البناية شرح الهداية (٢١/٦) الهداية (١٧٥/٢) ، الاختيار لتعليل المختار (٣٢/٣) ، و به قال مالك في مواهب الجليل على مختصر خليل (٧٢/٦) شرح الخرشي علي مختصر خليل (١٢٤/٥) الشرح الصغير (٤٧٣/٥) . قال الدسوقي في حاشيته : « والراجح أنها وإن كانت فوق التافه دون الكثير الذي له بال فتعرف أيامًا عند الأكثر بمظان طلبها لا سنة ، انظر : حاشية الدسوقي (١٢/٤) .

(٤) الدانق : الأحمق « السارق » والجمع دوانق ودوانيق : سدس الدراهم (فارسية) انظر : المنجد في اللغة والإعلام ص ٢٢٦ .

(٥) القلة : الحب العظيم ، وقيل : الجرة العظيمة ، وقيل : الجرة عامة ، وقيل : الكوز الصغير، والجمع قلل وقلال ، وقيل : هو إناء للعرب كالجرة الكبيرة ، والقلة يؤتى من ناحية اليمين تسع فيها خمس جرار أو ستًا . انظر : لسان اللسان (٤١٣/٢) .

(٦) قال الشيرازي : « وإن كان مما يطلب ألا أنه قليل ففيه ثلاثة أوجه : أحدها : يعرف القليل والكثير منه =

١٨٥٩١ - لنا : ما روى إسرائيل بن يونس [(١)] عن عمر [(٢)] بن عبد الله [(٣)] عن جدته حكيمة [(٤)] عن أبيها [(٥)] قال : أن النبي ﷺ قال : « من التقط لقطة تساوي درهما أو شبه ذلك فليعرفها ثلاثة أيام ، فإن كان فوق ذلك فليعرفه ستة أيام » [(٦)] .

١٨٥٩٢ - وروى عن جابر قال : رخص رسول الله ﷺ في العصا و السوط والحبل يستعمله ملتقطه و ينتفع به [(٧)] ، ولأنه ناقص عن نصاب السرقة فلم يجب تعريفه [(٨)] حولًا . أصله : إذا لم يجز التملك [(٩)] .

= وهو ظاهر النص لعموم الأخبار الثاني : لا يعرف الدينار الثالث يعرف ما يقطع فيه السارق ولا يعرف ما دونه لأنه تافه . انظر : المهذب للشيرازي (١٣٠/١) ، المجموع شرح المهذب (٥٦/١٥) ، نهاية المحتاج (٥/ ٤٤٠) وبه قال أحمد : المقنع في فقه الإمام أحمد (٢٩٧/٢) ، شرح الزركشي على مختصر الخرقي (٤/ ٣٢١ ، ٣٢٣) ، شرح منتهى الإرادات (٤٧٥/٢) .

(١) هو : إسرائيل يونس بن أبي إسحاق عمرو بن عبد الله أبو يوسف الهمداني السبيعي الكوفي ولد : سنة مائة قال عنه ابن معين : ثقة ، وقد أثنى على إسرائيل الجمهور ، واحتج به الشيخان ، وكان حفاظًا صاحب كتاب ومعرفة روى عن : جده ، وعنه زياد بن علاقة وآدم بن سليمان أبي يحيى ، وسعيد بن مسروق ، توفي سنة ستين ومائة بالكوفة انظر : طبقات الحفاظ ص ٩٠ ، تذكرة الحفاظ (٢١٤/١) ، ميزان الاعتدال (٢٠٨/١) ، التاريخ الكبير (٥٦/٢) تاريخ بغداد (٢٠/٧)

(٢) في (م) ، (ن) : [عمرو] .

(٣) هو : عمر بن عبد الله بن يعلى بن مرة الثقفي الكوفي . قال أحمد ، وابن معين ، وأبو حاتم ، والنسائي منكر الحديث ، وقال الدارقطني عنه متروك روى عن : أنس بن مالك ، وسعيد بن جبير ، وأبيه عبد الله بن يعلى وعن جدته حكيمة وغيرهم ، روى عنه : إسرائيل بن يونس ، وسفيان الثوري و عباد بن العوام وغيرهم انظر : الكاشف (٢٧٤/٢) ، تهذيب التهذيب (٤٧٠/٧) ، تهذيب الكمال (٤١٧/٢١) ، تقريب التهذيب ص ٤١٤ .

(٤) هي : حكيمة بنت غيلان الثقفية امرأة يعلى بن مرة ، روت عن زوجها قال ابن الأثير : لا أدري أسمعت من النبي أم لا ، قاله أبو عمرو . انظر : أسد الغابة (٦٧/٧) .

(٥) هو : غيلان الثقفي روى عن النبي ﷺ عنه ابنته حكيمة ويعلي بن مرة وغيرهم . انظر : الإصابة (١٨٨/٣) .

(٦) رواه البيهقي في السنن الكبرى (١٩٥/٦) .

(٧) رواه داود في سننه (٣٣٩/٢) ، ورواه البيهقي في السنن الكبرى (١٩٥/٦) ، من طريق أبي الزبير المكي باب ما جاء في قليل اللقطة ، شرح السنة للبغوي (٣١٢/٨) باب اللقطة ، مصنف ابن أبي شيبة (٤٥٩/٦) ، بنحوه من طريق أبي هريرة ، نيل الأوطار للشوكاني (٢٣٦/٣) .

(٨) في (م) : [يعرفه] .

(٩) أي أن ما دون العشرة ناقص عن نصاب السرقة التي تقطع فيها اليد و بالتالي فإنه لا يتطلب معرفتها حولًا كاملًا . انظر : البناية شرح الهداية (٢٢/٦) .

١٨٥٩٣ - ولأن كل لقطة لو لم يرد تملكها [١] لم يجب تعريفها حولًا فإنه لا يجب تعريفها حولًا فإن [٢] أراد تملكها كالتمرة والكسرة [٣] .

١٨٥٩٤ - ولأنه معنى يتعلق بمال اعتبر فيه الحول فلا يتعلق بالحول بانفراده كالزكاة [٤] .

١٨٥٩٥ - فإن قالوا : القليل و الكثير فيه سواء ، فهو فاسد [٥] لأنه روي أن النبي ﷺ وجد تمرة فقال : « لولا أن تكون من الصدقة لأكلتها » [٦] و لم يشترط فيها مضي الحول [٧] .

١٨٥٩٦ - قلنا : قد بينا بخبرنا إذا كانت درهمًا أو حبلًا لم يجب ذلك فيها ، وأن الحكم يختلف باختلاف المقادير فوجب أن يرجع إليه [٨] .

١٨٥٩٧ - قالوا : ما قيمته دون العشرة يطلب ويتبع في العادة ولا يتملكه إلا بتعريف سنة أصله : مما قيمته دينار [٩] .

١٨٥٩٨ - قلنا : لا يجوز التملك عندنا عرف سنة أو أقل منها وقد اتفقنا أن السنة لا تعتبر إذا لم يعتبر التمليك .

١٨٥٩٩ - ولأن هذا القدر يتبع و يطلب إلا أنه لا يطلب كما يطلب الكثير ، فكان التعريف فيه لقدر الطلب [١٠] .

---

(١) في (م) ، (ن) : [يملكها] .

(٢) ساقطة من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (٢٠٢/٦) ، ورد المحتار على الدر المختار (٣٢٠/٣) .

(٤) أي وجوب الزكاة على المال لا يتعلق بالدرهم فقط بل يكون فيه وفي سائر الأموال .

(٥) عند الشافعية : الباطل والفاسد لفظان مترادفان بمعنى واحد ، وعند الحنفية الفاسد : ما شرع بأصله دون وصفه . انظر : الإبهاج شرح المنهاج (٦٩/١) ومراد المصنف أنهم لو قالوا القليل والكثير فيه سواء فهو فاسد لأن اللقطة تختلف باختلاف قيمتها .

(٦) سبق تخريجه .

(٧) انظر : المهذب للشيرازي (٤٣٠/١) ، المجموع شرح المهذب (٢٦٢/١٥) ، مغني المحتاج (٤١٤/٢) المغني لابن قدامة (٣٢٣/٦) .

(٨) المبسوط (٥/١١) ، بدائع الصنائع (٢٠٢/٦) ، فتح القدير بشرح الهداية (١٢١/٦) .

(٩) أي أن ما دون العشرة لابد أن تعرف حولًا كاملًا كالدينار لابد من تعريفه حولًا كاملًا ولا يتملكه إلا بمرور الحول . انظر : الأم للشافعي ، المجموع شرح المهذب (٢٥٢/١٥) .

(١٠) أي أن الملتقط ينبغي له أن يعرف اللقطة والتقدير بالحول ليس بعام لازم في كل شيء وإنما يعرفها مدة يتوهم أن صاحبها يطلبها وذلك يختلف بقلة المال وكثرته حتى قالوا في عشرة دراهم فصاعدًا : يعرفها حولًا لأن هذا المال خطير يتعلق القطع بسرقته ويتملك به ماله خطر والتعريف العذر والحول الكامل لذلك حسن ، هذا قياس المصنف . انظر : المبسوط (٣/١١) .

مسألة ٩٣١

حكم التقاط العبد اللقطة

١٨٦٠٠ - [قال أصحابنا] : (١) : يجوز للعبد أن يلتقط و يمسك اللقطة حتى يحضر صاحبها (٢) .

١٨٦٠١ - وللشافعي : قولان ، أحدهما : العبد كالحر في اللقطة ، والثاني : لا يجوز له الالتقاط التقط ضمها سيده إلى يده فإن تلف في يد العبد قيل : إن علم سيده فضمانها في رقبته (٣) .

١٨٦٠٢ - لنا : حديث عياض (٤) أن النبي ﷺ قال : « من التقط لقطة وروى عن وجهه فليشهد ذوى عدل فلا يكتم [ولا يعين] » (٥) .

١٨٦٠٣ - ولأن كل من جاز له قبول الهبة جاز له الالتقاط كالحر (٦) ، ولأنه نوع أمانة فيما يوجب ضمانه فيستوي فيه الحر والعبد كالودائع ولأنه مكلف فكان له الالتقاط أصله : المكاتب والعبد إذا أعتق المولى بعضه (٧) .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ وأثبتناها تماشيًا مع السياق الذي اتبعه المصنف .

(٢) انظر : البحر الرائق (١٦٢/٥) ، تبيين الحقائق (٣٠٦/٣) ، البناية شرح الهداية (٤٢/٦) رد المحتار علي الدر المختار (٣١٩/٣) . وبه قال مالك في مواهب الجليل (٧٧/٦) ، أسهل المدارك (٧٤/٣) ، حاشية الدسوقي (١٢١/٤) ، الشرح الصغير (٤٧٧/٥) ، وبه قال أحمد في المقنع (٣٠٢/٢) ، المبدع شرح المقنع ، المغني لابن قدامة (٣٦٠/٦) ، الشرح الكبير (٣٧١/٦) .

(٣) قال الشيرازي في النكت : « لا يجوز للعبد والفاسق الالتقاط في أظهر القولين » انظر : الحاوي للماوردي ج ١٠ ورقة ٩٠ ، مختصر المزني (٢٣٥/٨) ، المجموع شرح المهذب (٢٨٧/١٥) مغني المحتاج (٤٠٨/٢) ، بناية المحتاج (٤٣٠/٥) ، شرح الجمل على المنهاج (٦٠٤/٣) ، وبه قال أحمد في رواية أخرى . انظر : المقنع (٣٠١/٢) ، المبدع (٢٩٠/٥) ، المغني (٣٦٠/٦) ، الشرح الكبير (٣٧١/٦) .

(٤) سبق ترجمته .

(٥) ما بين المعكوفتين في (ع) [ولا يعني] . انظر : المغني (٣٦٠/٦) ، المقنع (٣٠٢/٢) .

(٦) أي أن الحرية انظر : المغني (٣٦٠/٦) ، المقنع (٣٠٢/٢) . ليست بشرط في الهبة فكذلك التقاط العبد ، وهذا قياس المصنف انظر : بدائع الصنائع (١٢٦/٦) .

(٧) أنه يصح التقاط العبد كما يصح التقاط المكاتب وكذا من عتق بعضه لأن كلًّا منهم مكلف . انظر : المغني (٣٦١/٦) ، الشرح الكبير (٤٧٢/٦) . أي أن الوديعة أمانة فيستوي في ضمانها الحر والعبد فكذلك اللقطة يستوي الحر والعبد في التقاطها لكون كل منهما مكلفًا وهذا قياس المصنف ، مجمع الأنهر (٣٤٤/٢) ، المقنع =

١٨٦٠٤ - قالوا : اللقطة أمانة للسنة بدلالة و ملك العوض في الذمة بعد السنة وليس العبد من أهل الولاية ؛ ألا ترى أنه لا ولاية له على ولده ولا يجوز للحاكم أن يوليه شيئًا من الولايات ، وليس من [أهل التملك] [1] ولا ذمة له صحيحة لأنه لا يصح مطالبته كما في الذمة مع بقاء الرق حتى يعتق فإن كان كذلك لم يجز له أخذ اللقطة فكان أخذه لها غصبًا وعدوانًا [2] .

١٨٦٠٥ - قلنا : أما قولكم إنه ليس من أهل الولايات فيبطل بالصبي لأنه لو التقط صح ويمسكها وليه ، و ليس للصبي الولاية ، ولأن اللقطة مأذون من جهة الشرع في إمساكها أمانة وصار الإذن بالشرع كإذن مالكها في حفظها وديعة استوى الحر والعبد في جواز الإمساك كذلك الحفظ المأذون فيه بالشرع [3] فأما التملك فعندنا لا يتملكها الحر والعبد مثله [4] .

١٨٦٠٦ - وأما قولهم : إن صاحبها لا يمكنه المطالبة حتى يعتق فهذا السؤال يلزمنا إذا تصدق العبد بها .

١٨٦٠٧ - لأن التملك لا يثبت عندنا فليس بصحيح ؛ لأن مالكها بعد الحول في الثواب .

١٨٦٠٨ - لأن الظاهر أنه لا يحضر فحكم الضمان كالبالغ [5] و الواجب اعتبار جهة الثواب التي يستوي الحر والعبد فيها ، ولأن العبد إذا وجد لقطة ثم تصدق بها فإن صاحبها إذا [6] حضر في الحال استوفاه من رقبته ؛ لأنه دين ثابت بعقد العبد و ليس بمحجور عليه في أفعاله [7] .

= (٣٠٢/٢) المبدع شرح المقنع (٢٩١/٥) .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ .

(٢) انظر : الحاوي للماوردي ج (١٠/ ٩) ، النكت للشيرازي ١٨١ ، المهذب للشيرازي (٤٣٢/١) ، المجموع شرح المهذب (٣٧٨/١٥) ، مغني المحتاج (٤٠٨/٢) ، المقنع (٣٠٢/٢) .

(٣) أي أن إذن الشرع كإذن المالك في حفظ الوديعة فكذلك اللقطة ويستوي في ذلك الحر و العبد ، انظر : المغني لابن قدامة (٣٦٠/٦) ، الشرح الكبير (٣٧١/٦) . ويلاحظ أنه من أول قوله [المأذون] إلى آخر المسألة ساقط من النسخة (ع) ويلاحظ أن النسخة (ع) انتهى إلى هنا .

(٤) انظر : المغني لابن قدامة (٣٦١/٦) ، الشرح الكبير (٣٧١/٦) .

(٥) في (ن) : [البايع] . انظر : بدائع الصنائع (١٣٥/٥) .

(٦) ساقطة من (ن) .

(٧) انظر : بدائع الصنائع (١٣٥/٥) .

١٨٦٠٩ - وقد قال الشافعي : إن الصبي يجوز أن يلتقط [1] وإن كان قوله غير مقبول في الحال أنها لقطة ، ولا يقبل قول وليه فيها والعبد يقبل قول مولاه فيها فالأولى أن يجوز التقاطه .

* * *

(١) انظر : المهذب للشيرازي (١٣٣/٢) - المجموع شرح المهذب (٢٨٠/١٥) .

مسألة ٩٣٢

حكم التقاط الفاسق للقطة

١٨٦١٠ - قال أصحابنا : إذا التقط الفاسق لقطة لم يعترض عليه [(١)] .

١٨٦١١ - وقال الشافعي : إن كان غير مأمون في دينه ففيها قولان :

١٨٦١٢ - أحدهما : أن القاضي يأمر بضمها إلى مأمون وبأمر المأمون والملقط بالتعريف .

١٨٦١٣ - الثاني : أنه لا ينزعها من يده ولكن يضم إليه أمينا يشرف عليه [(٢)]

١٨٦١٤ - لنا : قوله ﷺ : « من التقط لقطة فليشهد ذوي عدل ولا يكتم ولا يغيب » .

١٨٦١٥ - ولأن من يخلي بينه وبين الوديعة خلى بينه وبين مال الملتقط كالعدل [(٣)]

١٨٦١٦ - ولأن كل أمانة يخلى بينها وبين الأمين وقد لا يخلى إذا كان لا يقوم بمصالح الموصى لهم ، ولأنه مكلف التقط لقطة يخلي بينه وبينها كالأمين [(٤)] .

---

(١) انظر : البحر الرائق (١٦٢/٥) ، فتح القدير بشرح الهداية (٨١٨/٦) ، تبين الحقائق (٣٠١/٣) تحفة الفقهاء (٦٠٩/٢) . وبه قال أحمد في رواية و هو ما عليه المذهب عندهم . قال في المقنع « ولا فرق بين كون الملتقط غنيًا أو فقيرًا مسلمًا أو كافرًا وعدلاً أو فاسقًا » . انظر : المقنع (٣٠١/٢) ، المبدع شرح المقنع (٢٠٩/٥) ، الإفصاح (٢٩٥/٢) ، الفروع (٥٧٠/٤) .

(٢) انظر : مختصر المزني (٢٣٥/٨) ، قال الشيرازي في المذهب : « وإن وجد الفاسق لقطة لم يأخذها لأنه لا يؤمن أن يؤدي الأمانة فيها فان التقطها ففيه قولان : أحدهما : لا تقر في يده وهو الصحيح لأن الملتقط قبل الحول كالولي في حق الصغير والفاسق ليس من أهل الولاية في المال . الثاني : تقر في يده لأنه كسب بفعل فأقر في يده الصيد هذا يضم إليه من يشرف عليه انظر : المهذب للشيرازي (٣٤٣/١) ، وقال في المنهاج : « والمذهب : أنه يصح التقاط الفاسق انظر : نهاية المحتاج بشرح المنهاج (٤٢٨/٥) ، المجموع بشرح للمهذب (٢٨١/١٥) ، روضة الطالبين (٣٩٣/٥) ، حواشي تحفة المحتاج (٣٢٠/٦) ، شرح على المنهاج (٦٠٣/٣) . وبه قال مالك : « وإذا كان يعلم من نفسه الخيانة يحرم سواء خشي أن يأخذها خائن أو لم يخش وإلا كره » انظر : أسهل المدارك (٧٤/٣) ، مواهب الجليل (٧١٤/٦) ، الشرح الصغير (٤٧٢/٥) ، وبه قال أحمد في المرجوح عندهم : قال في المقنع وقيل يضم إلى الفاسق أمين في تعريفها وحفظها » . انظر : المبدع شرح المقنع (٢٩٠/٥) ، المقنع فقه الإمام أحمد (٣٠١/٢) .

(٣) انظر : المغني لابن قدامة (٣٦٢/٦) ، الشرح الكبير (٣٦٢/٦) ، المبدع شرح المقنع (٢٩٠/٥) .

(٤) أي أنه كما يشترط في الأمين كونه مكلفًا لحفظ الوديعة فكذا الملتقط لابد أن يكون مكلفًا أيضًا . وهذا =

١٨٦١٧ - احتجوا : بأنها في السنة أمانة فولاية كالوصية [١] وكما أن الوصي إذا فسق أخذ القاضي المال من يده كذلك الملتقط [٢] .

١٨٦١٨ - قلنا : الوصي لم يجعل له التعرف بشرط الضمان فإذا لم يرض المالك بيده منع من الإمساك الذي لم يؤمر أن يؤدي إلى الضمان ، و أما الملتقط فقد أذن له في التصرف المؤدي إلى الضمان فإذا اثبت له ذلك بالشرع لم يمنع من الإمساك الذي يجوز أن يؤدي إليه [٣] .

* * *

= قياس المصنف . انظر : تبيين الحقائق (٧٦/٥) .

(١) انظر : المجموع شرح المهذب (٤٠١/١٥) .

(٢) انظر : المجموع شرح المهذب (٥١١/١٥) ، نهاية المحتاج (٣٠١/٦) ، مغني المحتاج (٧٥/٣) ، زاد المحتاج (١١٠/٣) .

(٣) انظر : فتح القدير بشرح الهداية (١٢٤/٦) وكذا العناية على الهداية (٢٣/٦) تبيين الحقائق (٣٠٤/٦ ، ٣٠٥) .

مسألة ٩٣٣

حكم أخذ اللقطة بمكة

١٨٦١٩ - قال أصحابنا : يجوز أخذ اللقطة بمكة إذا عرفها حولًا جاز أن يتصدق بها وكان له أن ينتفع بها إن كان فقيرًا [١] .

١٨٦٢٠ - قالوا : وليس للشافعي : فيها تصرفا ، والمذهب أنه لا يحل أخذها للتعريف أبدًا إذا لم يحضر صاحبها ولا يصح أخذها للتملك .

١٨٦٢١ - ومن أصحابه من قال : الحرم وغيره سواء [٢]

١٨٦٢٢ - لنا : قوله ﷺ : « من التقط لقطة فليعرف عفاصها ووكاءها وليعرفها حولًا » [٣] وهو عام ، ولأنها لقطة أبيح أخذها فجاز له الانتفاع بها بعد الحول في الحل [٤] .

---

(١) انظر : المبسوط (٢٦/١١) ، فتح القدير (١٢٨/٦) ، البحر الرائق (١٦٣/٥) ، تبيين الحقائق (٣٠١/٣ ، ٣٠٢) ، رد المحتار (٣٢٠/٣) ، الهداية (١٧٧/٢) والمسألة في اللباب شرح الكتاب (٢١٠/٢) وبه قال الإمام مالك في المشهور عندهم انظر : حاشية الدسوقي (١٢١/٤) ، شرح الخرشي على مختصر خليل قال الخرشي : « إن اللقطة إذا عرفها ولم يأت ربها فهو مخير بين أمور ثلاثة : إما أن يحبسها إلى أن يأت ربها ، وإن شاء تصدق عن ربها ، وإن شاء تملكها ويدخل فيه ما إذا تصدق بها وإذا جاء ربها ضمنها له في التصدق بها وفي التملك ولا فرق على المشهور بين لقطة مكة وغيرها من الأقطار في هذه الأوجه الثلاثة » انظر : شرح الخرشي (١٢٥/٥) ، الشرح الصغير (٤٧٥/٥) ، وأسهل المدارك (٧٦/٣) ، وبه قال أحمد في ظاهر المذهب في المغني لابن قدامة (٣٣٢/٦) ، الشرح الكبير (٣٥٣/٦) ، شرح منتهى الإرادات (٤٧٧/٢) .

(٢) قال الشيرازي في النكت : « لا تحل لقطة الحرم في أحد الوجهين » انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨١ ، المهذب للشيرازي (٤٢٩/١) ، المجموع شرح المهذب (٢٥٣/١٥) ، مغني المحتاج (٤١٧/٢) ، روضة الطالبين (٤١٢/٥) شرح الجمل على المنهاج (٦١٢/٣) ، حاشية البحر (٢٣١/٣) . وبه قال مالك في المرجوح عندهم انظر : حاشية الدسوقي (١٢١/٤) ، شرح الخرشي (١٢٥/٥) ، أسهل المدارك (٧٦/٣) الشرح الصغير (٤٧٥/٥) وبه قال أحمد في رواية أخرى ، روي عن الإمام أحمد أنه لا يجوز التقاط لقطة الحرم للتملك وإنما يجوز حفظها لصاحبها فإن التقطها عرفها أبدًا حتى يأتي صاحبها » انظر : المغني لابن قدامة (٣٣٢/٦) الشرح الكبير (٣٥٣/٦) شرح منتهى الإرادات (٤٧٧/٢) ، كشاف القناع (٢١٨/٤) .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (٢٠٢/٦) ، فتح القدير (١٢٨/٦) ، رد المحتار (٣٢٠/٣) ، قال في البناية : « ولأنها - أي لقطة الحرم - » لقطة كسائر اللقطات فأبيح أخذها ، وجاز الانتفاع بها وهذا قياس المصنف انظر : البناية شرح الهداية (٣٤/٦) .

١٨٦٢٣ - ولأن كل حكم لا يتعلق بلقطة غير الحرم لا يتعلق بلقطته ، أصله : تحريم الأخذ (١) ، ولأنه أحد الحرمين فجاز الانتفاع بلقطته بعد التحريم كالمدينة (٢) ، ولأنه مال لا يضمن بالجراحة عليه ولأنه يملك يجوز الانتفاع في غير (٣) الحرم فجاز الانتفاع به في الحرم كالمكنوز .

١٨٦٢٤ - احتجوا : بقوله ﷺ « ولا تحل لقطتها إلا لمنشد » (٤) .

١٨٦٢٥ - وهذا لا دلالة فيه لأن عندنا لا يجوز أخذ لقطة الحرم إلا من يعرفها ، وأما إذا أخذها لا يعرفها لا يجوز له الأخذ ، وفائدة تخصيص الحرم أن الغالب أن اللقطة تكون فيه للغريب فيظن أن صاحبها لا يوجد في الغالب فيبين ﷺ أنه و إن كان كذلك فلابد من التعريف (٥) .

١٨٦٢٦ - قال الطحاوي : قد روينا عن عائشة أنها سئلت عن ضالة الحرم فإنها عُرِّفت فلم يوجد من يعرفها فقلت : استنفعي بها (٦) .

١٨٦٢٧ - قالوا : أصله : بدل مجتمع و من يحضره للحج يعود فالظاهر أن صاحب اللقطة يحضر فيعرفها فلم يجز ملكها (٧) .

١٨٦٢٨ - قلنا : فعلى هذا إذا تكرر التعريف و مضى الزمان فقد زال هذا الظاهر فيجب أن يجوز الانتفاع بها (٨) .

* * *

---

(١) في (م) : [أخذ] .

(٢) أي أنه أحد الحرمين وبما أن لقطة المدينة يتملكها ملتقطها بعد التعريف حولًا فكذلك حرم مكة يتملكها ملتقطها بعد التعريف حولًا ، وهذا قياس المصنف انظر : المغني لابن قدامة (٣٣٣/٦) ، فتح الباري (٣٧٤/٥) .

(٣) ساقطة من صلب ص واستدركه المصنف في الهامش .

(٤) (م) ، (ن) ، (ع) : [لمفسد] . رواه البخاري في صحيحه (٥٨٧/٢) .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (٢٠٣/٦) ، فتح القدير بشرح الهداية (١٧٧/٢) ، العناية على الهداية (١٢٨/٦) ، حاشية الدسوقي (١٢١/٤) .

(٦) رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار (١٤٠/٤) .

(٧) انظر : حواشي تحفة المحتاج (٣٤٠/٦) قال في الحواشي : « لا تحل لقطة الحرم المكي للتملك ولا يقصد » .

(٨) انظر : بدائع الصنائع (٢٠٢/٦) ، فتح القدير بشرح الهداية (١٢٩/٦) ، البناية على الهداية (٣٤/٦) .

ضمان اللقطة

١٨٦٢٩ – قال أبو حنيفة : إذا أخذ اللقطة وأشهد ثم ردها إلى المكان الذي أخذها منه لم يضمنها [١] .

١٨٦٣٠ – وقال الشافعي : يضمنها .

١٨٦٣١ – لنا : إن تركها في المكان الذي وجدها فيه قبل وجوب الضمان فوجب أن لا يلزمه ضمانها من غير إتلاف كما لو تمكن من أخذها [٢] ، ولأنه رد اللقطة إلى الموضع الذي أخذها منه فوجب أن لا يضمن كما لو أخذها من موضع يده ثابتة عليه مثل داره والحمامي إذا وجد في الحمام [٣] .

١٨٦٣٢ – ولا يلزم إذا لم يشهد وإذا طرحها [في النار] [٤] ثم أخذها منها لأنه

---

(١) انظر : المبسوط (٣٣/١١) ، بدائع الصنائع (٢٠١/٦) ، البحر الرائق (١٦٢/٥) ، قال ابن الهمام في فتح القدير في ظاهر الرواية من أنه إذا أخذها ثم ردها إلى مكانها لا يضمن من غير قيد ردها في مكانها أو بعد ما ذهب ثم رجع ظاهرًا لأنه بالرد ظهرا أنه لم يأخذها لنفسه وبه يتقي الضمان وقيده بعض المشايخ بما إذا لم يذهب بها ثم أعادها ضمن ، وبعضهم ضمنه ذهب بها أولًا ، انظر : فتح القدير بشرح الهداية (١١٨/٦) ، تحفة الفقهاء (٦١٠/٣) . وبه قال مالك في أحد القولين ، قال الدسوقي في حاشيته : « إن أخذها لغير الحفظ وردها بقرب فلا ضمان عليه » وفي المنتقى للباجي أن هذا الوجه ذهب إليه أشهب . انظر : حاشية الدسوقي (١٢١/٤) ، المنتقى (١٣٥/٦) ، أسهل المدارك (٧٤/٣) منح الجليل (١٢٥/٤) مواهب الجليل (٧٥/٦ ، ٧٦) .

(٢) انظر : الأم (٨٦/٦) ، النكت ورقة ١٨١ ، قال الشيرازي في المهذب : « لأن المال إنما يضمن باليد أو بالإتلاف انظر : المهذب للشيرازي (٤٢٩/١) ، المجموع شرح المهذب (٢٦٦/١٥) ، وبه قال مالك في الوجه الآخر وبه قال ابن القاسم ، انظر : المنتقى للباجي (١٣٥/٣) ، منح الجليل (١٢٥/٤) ، مواهب الجليل (٥/٦ ، ٧٦) وبه قال أحمد : المقنع في فقه الإمام أحمد (٢٩٦/٢) ، المغني لابن قدامة (٣٤١/٦) ، الفروع (٣٥٦/٣) ، مطالب أولي النهي (٤٢٤/٤) ، شرح منتهى الإرادات (٤٧٤/٢) ، كشاف القناع (٣١٢/٤) ، بدائع الصنائع (٢٠١/٦) ، تبيين الحقائق (٣٠٣/٣) ، فتح القدير (١٢٠/٦) .

(٣) أي أن الملتقط تركها في المكان الذي أخذها منه فصار كما لو تمكن من أخذها ثم ردها فإنه لا يضمن أيضًا وهذا قياس المصنف . انظر : تبيين الحقائق (٣٠٢/٣) .

(٤) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

يستوي فيه الأصل [(١)] والفرع [(٢)] [ولأنه له المنفعة .

١٨٦٣٣ - قالوا : ضمنها بالرد .

١٨٦٣٤ - قالوا : بعد الحول عليها ثم ردها إلى مكانها] [(٣)]

١٨٦٣٥ - لأن ذلك المكان أجرى مجرى المالك فدلالة إباحة الأخذ منه قبل ذلك حدوث يد أخرى فإذا ردها إليه لم يلزمه الضمان بالرد كما لوردها إلى يد وكيله [(٤)] .

١٨٦٣٦ - ولا يلزم إذا قال : خذ الكيس من موضع كذا فأخذه ثم رده لأن ذلك المكان الذي أخذ منه بإذن المالك فصار الأخذ من المالك/ في الحقيقة فإذا ردها إلى ٢١٠/أ مكانها فلم ترد على المأخوذ منه .

١٨٦٣٧ - ولا يلزم إذا خَلّص مال غيره من الغرق ثم رده إليه لأنه لم يبح له الأخذ وإنما أبيح له التخليص [فإذا رده فلم يفعل التخليص] [(٥)] ، ولا يلزم إذا قال له المالك خذ هذا الشيء من يد الغاصب فأخذه ثم رده إلى الغاصب لأنه لما أخذ بإذن المالك ويد الغاصب يد متعدية فلا يقوم مقام يد المالك وإنما هي لنفسه [(٦)] .

١٨٦٣٨ - احتجوا : بأنه إنما جاز له أخذها من مكانها لأنها ضائعة فيه وإذا أخذها

---

(١) ذهب أكثر العلماء إلى أنه محل الحكم المشبه به مثل إذا قيس النبيذ على الخمر فالخمر هي الأصل و قيل : الأصل حكم المحل المشبه به فحرمة الخمر هي الأصل .

(٢) الفرع : هو المحل المشبه به وهو النبيذ في هذا المثال ، وقيل الفرع حكم المحل المشبه انظر : بيان مختصر بن الحاجب (١٤/٣ ، ١٥) ، ط شركة مكة للطباعة والنشر ، ولعل مراد المصنف بذلك أنه إذا وجد حمامًا في برجه أو داره ينبغي أن يأخذها ويطلب صاحبها لأنه بمنزلة اللقطة والضالة قياسًا على اللقطة التي توجد في الطريق ، انظر : الفتاوى الهندية (٣٩٤/٣) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٤) أي أنه إن رد اللقطة إلى مكانها لا يلزمه الضمان لأن ردها إلى هذا المكان يقوم مقام يد المالك كالوكيل يقوم مقام الموكل في جميع الحقوق ، وهذا قياس المصنف . انظر : بدائع الصنائع (٣٣/٦) ، مجمع الأنهر (٢٢٤/٢) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٦) قال السرخسي في المبسوط : إن المودع إذا رد الثوب على الغاصب أو كان غصب منه فرده عليه هل يبقى للمالك عليه سبيل ؟ الجواب أنه لا سبيل للمالك عليه إلا في رواية عن أبي يوسف أنه يقول : صار ضامنًا للمالك بقبضة فلا يبرأ إلا بالرد على المالك أو على من قامت يده مقام يد المالك ، ويد الغاصب لا تقوم مقام يد المالك فلا يبرأ بالرد عليه ، ولكنا نقول وجوب الضمان عليه باعتبار يده ، وقد انفسخ ذلك حين أعاده إلى يد من وصلت إليه من جهته فانعدم به حكم يده وكان هذا في حقه بمنزلة رد الغاصب على مالكه . انظر : المبسوط (٩٨/١١ ، ٩٩) .

لزمه حفظها فإذا ردها فقد ضيعها ، وصار كمن في يده وديعة وتركها في الطريق [١] ،

١٨٦٣٩ - قلنا : ليس في الأخذ التزام الملتقط فإذا ترك لم يجب عليه الضمان كما لو لم يأخذها ولكنه جلس عندها انتظارًا لصاحبها ثم انصرف عنها وليس كذلك الوديعة لأنه التزم لصاحبها حفظها ولو لم يلتزم لكان المالك يستدرك حقه من مودع آخر فلم يجز أن يرجع عما التزمه .

١٨٦٤٠ - قالوا : لو أخذها لنفسه ثم ردها ألزمه ضمانها [٢] ، وكذلك نقول إذا أخذها لصاحبها كما لو أخذ المال من يد الغاصب ثم رده بغير إذن المالك ثم ردها إلى الغاصب سقط الضمان عنه ، وإن أخذها من يده بأمر مالكها ثم رجع على الوجه الذي أخذها زال الضمان ، وهو أن يأذن المالك في الرد .

* * *

---

(١) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش . انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨١ ، مطالب أولي النهي (٢٢٤/٤) ، المبدع شرح المقنع (٢٧٨/٥) كشاف القناع (٢١٣/٤) .

(٢) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨١ .

جعل من رد الآبق من مسيرة سفر

١٨٦٤١ - قال أصحابنا : من رد آبقا [١] على مولاه من مسيرة سفر فله أربعون درهمًا وإن رده من أقل ذلك فبحسابه [٢] .

١٨٦٤٢ - وقال الشافعي : إن شرط المولى جعلًا فقال : من جاء بعبدي فله كذا استحق الذي رده ما شرط وإن لم يشترط جعلًا لم يستحق شيئًا [٣] .

١٨٦٤٣ - لنا : ما روي ابن أبي مليكة [٤] عن النبي ﷺ قال : « من رد آبقا من

---

(١) الإباق : الهرب لا عن تعب ورهب ، وصرفه من حد دخل وهرب جميعًا وألغت الآبق وجمعه الاباق انظر : طلبة الطلبة ص ١٩٥ .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٤١ ، المبسوط (١٧/١١ ، ٢١) ، بدائع الصنائع (٢٠٥/٦) ، فتح القدير (١٣٤/٦) ، العناية على الهداية (١٣٥/٦) ، رد المختار على الدر المختار (٣١٦/٣) ، تبيين الحقائق (٣٠٨/٣) ، البحر الرائق (١٧٢/٥) ، الهداية (١٧٨/٢) . قال في الهداية : « ومن رد آبقًا على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعدًا فله عليه جعله أربعون درهما ، وإن رده لأقل من ذلك متجانسة وهذا استحسان والقياس ألا يكون له شيء إلا بالشرط » وإلى هذا ذهب المالكية انظر : منح الجليل على مختصر خليل (٣/٤) ، الكافي (٧٥٨/٢ ، ٧٥٩) ، البيان والتحصيل (٤١٧/٨) ، أسهل المدارك (٣٤١/٢) وبه قال أحمد انظر : المغني لابن قدامة (٣٥٥/٦) ، المقنع (٢٩٤/٢) ، مطالب أولي النهي (٢١٠/٤) الأنصاف (٣٨٩/٦) المربع (٤٥٥/٤) .

(٣) جعلا بالضم ما جعل للإنسان من الشيء على الشيء بفعله وكذلك الجعالة انظر : طلبة الطلبة ص ١٢٥، المغرب (١٤٨/١) ، التعريفات ص ٥٢ ، أنيس الفقهاء ص ١٦٩ انظر : كتاب الأم (٥٧/٤) ، الحاوي للماوردي (١٠١/١٠) ، مغني المحتاج (٤٢٩/٢) ، المهذب للشيرازي (٤١١/١) ، المجموع شرح المهذب (١١٦/٥ ، ١١٨) ، حواشي تحفة المحتاج (٣٦٩/٦ ، ٣٧٠) ، قليوبي وعميرة (١٣١/٣) ، نهاية المحتاج (٤٦٧/٥) ، فيض الوهاب بشرح نهاج الطالبين (٢٦٧/١) ، روضة الطالبين (١٦٨/٥) وهو رواية أحمد في المغني لابن قدامة (٣٥٥/٦) ، مطالب أولي النهى (٤/، ١١٠ ٤٥٥/٤) .

(٤) هو : أبو بكر أبو محمد عبد الله بن عبيد الله بن أبي مليكة زهير بن عبد الله بن جدعان القرشي التميمي المكي كان عالمًا مفتيًا صاحب حديث وإتقان وكان حجة فصيحًا وكان قاضيًا بمكة روي عن : جده ، وعائشة ، وأم سلمة ، وعبد الله بن عمرو بن العاص وغيرهم وروى عنه عمرو بن دينار ، وأيوب ، وابن جريج ، ونافع بن عمر وغيرهم . توفي سنة سبع عشرة ومائة . انظر : سير أعلام النبلاء (٨٨/٥) ، التاريخ الكبير (١٣٧/٥) ، التاريخ الصغير (٢٨٣/١) ، تذكرة الحفاظ (١٠١/١) ، طبقات الحفاظ ص ٤١ ، شذرات الذهب (١٥٣/١) ، طبقات بن سعد (٤٧٣/٥) .

خارج الحرم فله دينار » [١] .

١٨٦٤٤ - وروى عن عمر بن دينار عن النبي ﷺ أنه جعل لمن رد آبقًا من مسيرة ثلاثة أيام ولياليها أربعين درهمًا [٢] .

١٨٦٤٥ - وبما روى عاصم عن ابن عمرو الشيباني عن ابن مسعود أنه أتي بإباق من الناس بالعين [٣] فقال : يا أيها الناس إنا قد أوتينا [٤] بإباق ممن كانت له في الإباق شيء فليأخذه [٥] وأمر أن يعطى الذي جاء بالإباق أربعون درهمًا [٦] .

١٨٦٤٦ - وروى شريك بن عبد الله عن عبد الله بن رباح وعن ابن عمرو الشيباني [٧] عن عبد الله بن مسعود قال : في الآبق إذا أخذ في المصر عشرة دراهم وإذا أخذ خارج المصر أربعون درهمًا [٨] .

١٨٦٤٧ - وقد روي وجوب الجعل عن علي بن أبي طالب وعمار بن ياسر [٩]

---

(١) رواه عبد الرزاق في مصنفه (٥٤١/٦ ، ٥٤٢ ، ٥٤٣ ،) رواه البيهقي في السنن الكبرى (٢٠٠/٦) ، وابن أبي شيبة في مصنفه عن عمر (٥٤٢/٦) .

(٢) عاصم بن عدي بن العجلان بن حارثة بن ضبيعة العجلاني القضاعي أخو معن بن عدي أبو عبد الله ويقال : أبو عمرو حليف الأنصاري وروى عن النبي ﷺ ، وروى عنه : سهل بن سعد ، وعامر الشعبي ، وابنه أبو البداح بن عاصم بن عدي وفاته : مات في ولاية معاوية سنة أربعين .

(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [مائتين] . (٤) ساقطة من (ن)

(٥) في (م) : [فلنأخذه] .

(٦) رواه البيهقي في السنن الكبرى (٢٠٠/٦) ، وعبد الرزاق في مصنفه (٢٠٨/٨) ، جامع المسانيد (٧٥/٢) ، وأورده الهيثمي في مجمع الزوائد (٤٧٤/٤-٤٧١) .

(٧) هو : أبو عمرو الشيباني اسمه بن إياس الكوفي من بنى شيبان ابن تعلبة بن عكابه ، أدرك الجاهلية وكاد أن يكون صحابيًا . روى عن : علي وابن مسعود وحذيفة وغيرهم ، وروى عنه منصور والأعمش وسليمان التميمي والوليد بن العيزار وغيرهم . عاش مائة عام وعشرون عامًا . قال يحيى بن معين : كوفي ، ثقة . مات في خلافة الوليد بن عبد الملك . انظر : سير أعلام النبلاء (١٨٤/٥) .

(٨) رواه البيهقي في السنن الكبرى (٢٠٠٠/٦) ، وابن أبي شيبة في مصنفه (٥٤١/٦) ، وعبد الرزاق في مصنفه ٢٠٨/٨ . وسنده أعلاه السنن ٣٦/١٣ .

(٩) هو : عمار بن ياسر بن عامر بن مالك بن كنانة بمن قيس بن الوذيم و قيل : ابن قيس والوذيم حصين بن الوذيم بن تعلبة بن عوف بن حارثة بن عامر الأكبر بن يام بن عنس . كان روميًا غلامًا للحارث بن كلدة . كان من أوائل الذين أظهروا الإسلام وعذبوا عذابًا شديدًا ، وأمه أول شهيدة في الإسلام و رسول الله ﷺ يقول : « صبرا آل ياسر فإن موعدكم الجنة » ، وهو أول من بنى مسجدًا يصلى فيه . روى عن رسول الله ﷺ وروى عنه علي ، وابن عباس ، وأبو موسى الأشعري ، وأبو إمامة الباهلي وغيرهم . مات مقتولًا سنة =

والصحابي إذا قال ما لا يستدرك من طريق القياس [(١)] حمل على التوقيف [(٢)]

١٨٦٤٨ - ولأنهم اتفقوا على وجوب الجعل واختلفوا في قدره فمن قال لا يجب فقد خالف الإجماع [(٣)] .

١٨٦٤٩ - قالوا : قال أحمد بن حنبل لم يصح في جعل الآبق عن النبي ﷺ ولا عن أحد من الصحابة شيء [(٤)] .

١٨٦٥٠ - قلنا : الذي حكي عنه أنه قال : ليس عندي عنهم فيه شيء يجوز أن يكون قال ذلك لإرسال الخبر [(٥)] .

١٨٦٥١ - أما قول الصحابة فقد ذكر الطحاوي بإسناد صحيح عن ابن مسعود .

١٨٦٥٢ - فإن قيل : الخبر مخالف الأصول [(٦)] .

١٨٦٥٣ - قلنا ليس كذلك لأن تقويم المنافع من غير عقد مختلف فيه ووجوب البدل عن المنافع مع بدلها واجب في النكاح .

١٨٦٥٤ - فان قيل : يجوز أن يكون النبي ﷺ قال ذلك في عبد آبق تشترط لمن جاء به على طريق الجعالة [(٧)] .

= سبع وثلاثين ودفن بصفين . انظر : سير أعلام النبلاء (٤٠٦/١) التاريخ الكبير (٢٥/٧) حلية الأولياء (١٣٩/١) شذرات الذهب (٤٥/١) .

(١) القياس : رد الفرع إلى أصله لعلة جامعة بينهما وقيل حمل الفرع على الأصل بعلة الأصل ، وقيل : موازنة الشيء بالشيء ، وقيل اعتبار الشيء بغيره . انظر : العدة في أصول الفقه (١٧٤/١) .

(٢) قال الزيلعي : إن الصحابة ﷺ اتفقوا على وجوب الجعل إلا أن منهم من جعله أربعين ومنهم من أوجب دونه فأوجب الأربعين في مسيرة السفر وما دونها . انظر : البحر الرائق (١٧٢/٥) ، البناية على الهداية (٤٥/٦) ، فتح القدير (١٣٤/٦) ، تبيين الحقائق (٣٠٨/٣) ، الحجة (٧٣٧/٢) أي أن الجعل لم يثبت قياسًا وإنما ثابت شرعًا بالنصوص والآثار الواردة فيكون توقفًا .

(٣) انظر : تبيين الحقائق (٣٠٨/٣) ، البناية على الهداية (٤٥/٦) ، المبسوط (١٧/١١) ، المغني لابن قدامة (٣٥٥/٦) .

(٤) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش الحاوي الكبير (١٠٢/١٠) .

(٥) الحديث المرسل : هو ما رفعه التابعي إلى الرسول ﷺ من قول أو فعل أو تقرير صغيرًا كان التابعي أو كبيرًا . انظر : مصطلح الحديث ص ٩٢ والمراد أن الامام أحمد قال : ليس عندي في الجعل شيئًا لأن الخبر الوارد عن عمرو بن دينار مرسلًا فتوقف ولم يقل بالجعل أو قدره .

(٦) انظر : النكت ورقة ١٨٢ .

(٧) انظر : مغني المحتاج (٤٣١/٢) ، زاد المحتاج (٤٧١/٢ ، ٤٧٢) ، حواشي تحفة المحتاج (٣٦٣/٦) .

١٨٦٥٥ - قلنا : ذكر آبقًا مجهولًا ولأنه ﷺ لا يشترط الجعالة في ملك غيره [١] .

١٨٦٥٦ - ولأن المضمونات على ضربين أعيان ومنافع [٢] ، وإذا جاز أن يضمن أحدهما مع بدل المالك من غير عقد ولا شبهة عقد وهو المقبوض على وجه السوم [٣] جاز أن يضمن الأجرة [٤] .

١٨٦٥٧ - ولأنه رد آبقا إلى يد المولى من مسيرة سفر صحيح فوجب أن يستحق الجعل كما قال المولي : من رد عبدي فله أربعون [٥] ، ولأن يد المولى زالت عنه وحدثت يد لا يتعلق بها الضمان فجاز أن يستحق العوض برده إلى المولى كما غلب عليه لو غلب الكفار فوجده مولاه بعد القسمة [٦] .

١٨٦٥٨ - احتجوا : بقوله ﷺ : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه » [٧] .

١٨٦٥٩ - قلنا : يجب الحق في ذمته ولا يجوز أخذ عين ماله إلا برضاه أو بحكم وإذا حكم الحاكم حل الأخذ بالإجماع [٨] .

١٨٦٦٠ - قالوا : رد ما لم يشترط له على رده جعلًا فوجب أن لا يستحق بذلك شيئًا لرد الضوال [٩] .

١٨٦٦١ - قلنا : الضوال لا يتحدد عليه أيد بضلالها فهي في يد مالكها حكما

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (٢٠٥/٦) ، المغني لابن قدامة (٣٤٥/٦) .

(٢) انظر : تحفة الفقهاء (٥١٤/٢) .

(٣) السوم : طلب المبيع بالثمن الذي تقرر به البيع انظر : التعريفات للجرجاني ص ١٦٢ .

(٤) انظر : الهداية (٢٨/٣) ، البناية على الهداية (٢٦٧/٦) ، الاختيار (١٤/٢) .

(٥) أي أن من رد آبقًا على مولاه يأخذ أربعون درهمًا عند رده عليه فكذلك إذا رد الآبق على مولاه من مسيرة سفر . انظر : فتح القدير (١٣٤/٦) ، رد المحتار على الدر المختار (٣٢٦/٣) .

(٦) أي أن يد المولى زالت عن العبد حكمًا فيستحق من رده عوضًا عن ذلك فكذا الآبق إلى دار الحرب لا يملكه المشركون بالأخذ ولو كان بعد القسمة وإنما يكون ملكًا لمولاه بالاستيلاء عليه انظر : المبسوط (٢٩/١١) .

(٧) رواه البيهقي في السنن الكبرى (١٠٠/٦) ، ورواه أحمد في مسنده (٧٢/٥) ، وأبو يعلى في مسنده (١٤٠/٣) وأورده الهيثمي في مجمع الزوائد (١٧٢/٤) . الحاوي الكبير للماوردي (١٠٠/١٠) ، المهذب للشيرازى (٤١٠/١ ، ٤١١) ، المجموع شرح المهذب (١١٠/١٥) ، زاد المحتاج بشرح المنهاج (٣٨٦/٢) .

(٨) انظر : فتح القدير (١٣٦/٦) ، العناية على الهداية (١٣٦/٦) ، البناية شرح الهداية (١٤٨/٦) .

(٩) أي أنه إذا عمل لغيره عملًا دون أن يأذن له في ذلك لا يستحق عوضًا كما لو خاط ثوبًا دون إذن صاحبه لا يستحق عوضًا . انظر : الاختيار لتعليل المختار (٣٥/٣٠) ، النكت للشيرازى ورقة ١٨١ ، المهذب للشيرازي (٤١١/١) ، روضة الطالبين (٢٦٨/٥) ، مغني المحتاج (٤٢٩/٢) نهاية المحتاج (٤٦٧/٥ ، ٤٦٨) .

والعبد يثبت [١] يد ملك نفسه وتغيب عن المولي فتلف الملك فيه ، ولأن الضوال يثبت عليه أيد لا تتعلق بضمان [جاز إن استحق بعودها إلى يده عوض إذا غنمها أهل الحرب فكذلك العبد إذا حصل بالإباق في نفسه والضمان لا يتعلق بها] [٢]

١٨٦٦٢ - قالوا : عمل لغيره عملًا لم يشترط له ولا من ينوب عنه عوضًا فوجب أن لا يستحق العوض كما لو خاط ثوبًا [٣] .

١٨٦٦٣ - قلنا : الخياطة تقع لمالك الثوب تارة وللخياط أخرى ، ألا ترى أنه يخيط على طريق الغصب ونخيط للمالك فلا يستحق إلا بالتراضي والرد على المالك لا يقع إلا لمنفعة المالك فجاز أن يستحق عليه العوض من غير شرط ولا يلزمه رد الضوال [٤] ولأن التعلى وقع لجواز وجوب البدل في العمل الواقع لمالك من غير تعيين فلا ينتقص بغير مثله من النوع .

١٨٦٦٤ - قالوا : ما لا يجب في رد الجمل الشارد لا يجب في رد العبد الآبق فلم يجز إيجابه والأربعين مقدار اختلف في وجوبه فصار [٥] كالمال المشروط على طريق الجعالة ولما اختلف في وجوبه جاز أن يتعلق الاستحقاق بشيء منه [٦] .

١٨٦٦٥ - قالوا : العبد يرجى عوده إلى مالكه لأنه يراقب اللّٰه تعالى ويخافه ويندم وهذا المعنى غير موجود في البهيمة [وإذا لم يجب العوض في البهيمة] [٧] فهذا أولى [٨] .

١٨٦٦٦ - قلنا : العبد يتغيب ويتستر ويلحق بدار الحرب والبهيمة لا يوجد فيها هذا فالملك في العبد متلف [وفي البهيمة غير متلف] [٩] ولذلك لم يجب في البهيمة

---

(١) في (ن) : [تثبيت] .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط في (م) ، (ن) ، (ع) .

(٣) انظر : المهذب للشيرازي (٤١٠/١ ، ٤١١) ، المجموع (١١٠/١٥) ، زاد المحتاج لشرح المنهاج (٣٨٦/٢) .

(٤) انظر : الاختيار (٢١٣/٣) .

(٥) ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٦) انظر : المهذب للشيرازي (٤١٣/١) ، المجموع للنووي (١١٨/١٥) ، روضة الطالبين (٨/٥ ، ٢٦٨/٥) مغني المحتاج (٤٢٩/٢) . والملاحظ أن المصنف ترك الاعتراض والرد المخالف ولعل ذلك لوجاهة الدليل ويجاب عن ذلك أن شرط الجعل في ردهم حثًا على رد الإباق وصيانة لهم عن الرجوع إلى دار الحرب وردتهم عن دينهم وتقوية أهل الحرب بهم فينبغى أن يكون مشروعًا لهذه المصلحة وبهذا فارق رد الشارد لأنه لا يقتضى إلى ذلك . انظر : المغني لابن قدامة (٣٥٥/٦) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٨) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨١ .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

ويجب في العبد [١] .

١٨٦٦٧ - قالوا : لو خلص العبد من الغرق لم يستحق الجعل فكذلك إذا رده من الآباق لأن الغرق تلف المال لا محالة [٢] .

١٨٦٦٨ - قلنا : يد المولي لم تزل بوقوعه في الماء فلم يجب برده شيء وقد زال بالإباق يد المولي فجاز أن يستحق بردها عوضًا عما يستحق بالشرط [٣] .

١٨٦٦٩ - قالوا : استحق عوضًا برده اختلف العوض بمقدار المسافة فإما أن يجب في قليلها كما يجب في كثيرها [٤] .

١٨٦٧٠ - قلنا : الواجب عندنا ليس بدل و إنما هو مقابلة العمل فيجوز أن يستحق في القليل كما يستحق في الكثير كربح المضاربة [٥] ، ثم عندنا يستحق الأربعين برده مدة سفر صحيح وقد كان يمكنه إذا رده ثلاثة أيام أن يسلمه إلى قاضي ذلك الموضع فيستحق الجعل و لا يتكلف زيادة المسافة فإذا لم يفعل فهو المختار المكلف لا يحتاج إليه في الاستحقاق فلذلك لم يتقوم [٦] .

١٨٦٧١ - ولأن يد المولى زالت عنه و حدثت به لا يتعلق بها الضمان فجاز أن يستحق العوض برده إلى المولى كما لو غلب عليه الكفار فوجده مولاه بعد القسمة .

* * *

(١) انظر : فتح القدير (١٣٦/٦) ، العناية على الهداية (٣٦/٦) ، تبيين الحقائق (٣٠٨/٣) ، البحر الرائق (١٧٢/٥) ، المغني لابن قدامة (٣٥٥/٦) .

(٢) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨١ .

(٣) أي أنه لو رأى عبد يغرق وسعه أن يخلصه ويرده على صاحبه و كل ذلك يحتاج إلى مؤنة فكان له مقابل ذلك جعلًا انظر : المبسوط (٢٦/١١) .

(٤) أي أن العوض يختلف بمقدار المسافة ، وأنه يجب الجعل في المسافة القريبة كما يجب في المسافة البعيدة مثال ذلك : إذا قال من رد عبدي مثلًا من بلدة كذا فله كذا فرده العامل من مكان أقرب منه فله قسطه أي الأقرب من الجعل لأنه جعل كل الجعل في مقابلة العمل فبعضه في بعض . انظر : مغني المحتاج (٤٣١/٢) .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (٢٤٥/٤) ، المبسوط (٢٩/١١) .

(٦) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

موسوعة

القواعد الفقهية المقارنة

المسماة

التجريد

كتاب اللقيط

حكم اللقيط إذا وجد في مصر من أمصار المسلمين

١٨٦٧٢ - قال أصحابنا : إذا وجد اللقيط في مصر من أمصار المسلمين أو قرية من قراهم فهو مسلم فإن بلغ كافرا رد إلى الإسلام (١) .

١٨٦٧٣ - وقال الشافعي : يزجر عن الكفر فإن أقام على ذلك فإن أظهر دينًا يقر عليه بالجزية وبذلها كان كأهل الذمة و إن لم يبذل الجزية وأظهر دينًا لا يقر أهله على الكفر رد إلى مأمنه في دار الحرب (٢) .

١٨٦٧٤ - لنا : أنه محكوم بإسلامه بدلالة أنه لو مات قبل بلوغه (٣) [صلى عليه] (٤) ويجوز للإمام أن يزوجه بمسلمة (٥) ويدفن في مقابر المسلمين ومن حكم له بالإسلام قبل بلوغه لم يقر على الكفر بعد بلوغه كأولاد المسلمين (٦) .

١٨٦٧٥ - ولأن نسبه لم يثبت من كافرين في دارنا فوجب أن يحكم بإسلامه ولا يقر على الكفر بعد البلوغ كالمتبني (٧)

١٨٦٧٦ - ولأن كل حالة [لا يترك] (٨) لأولاد المسلمين لإظهار الكفر لا يترك اللقيط كما قبل البلوغ .

---

(١) مختصر الطحاوي صـ١٤١ ، المبسوط صـ١٠صـ٢١٤ ، فتح القدير شرح الهداية ٦صـ١١٣ ، العناية على الهداية (١١٣/٦) ، الهداية (٢/ ١٧٣) ، به قال المالكية في بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٣٧٧/٢) ، حاشية الدسوقي (١٢٥/٤ ، ١٢٦) ، الشرح الصغير (٤٨١/٥ ، ٤٨٦) ، منح الجليل على مختصر خليل (١٣٢/٤) ، شرح الزرقاني على مختصر خليل (١١٩/٧) ، وهو مذهب الإمام أحمد في المغني لابن قدامة (٣٧٥/٦) ، الشرح الكبير (٣٦٧/٦) ، المقنع (٣٠٣/٢) ، شرح منتهى الإرادات (٤٨٢/٢) .

(٢) انظر : مختصر المزني (٢٣٧/٨) ، المهذب للشيرازي (٤٣٥/١) ، المجموع شرح المهذب (٢٨٧/١٥) ، زاد المحتاج (٤٦٢/٢) ، روضة الطالبين (٤٣٣/٥) ، نهاية المحتاج (٤٥٤/٥) .

(٣) انظر : المغني لابن قدامة (٣٦٧/٦) ، الشرح الكبير (٦/ ٣٧٧) .

(٤) في (م) [ﷺ] . (٥) في (م) : [بمسألة] .

(٦) انظر : بدائع الصنائع (١٩٨/٦) ، المبسوط (١١٤/١٥) .

(٧) أي لأن من حكم بإسلامه قبل بلوغه فهو مسلم أيضًا بعد بلوغه كأولاد المسلمين ولو ارتد آباؤهم فهم مسلمون ولا عبرة بارتداد آباؤهم، وهذا هو قياس المصنف . انظر : المغني (٩٤/٦) ، والشرح الكبير (١٠١/٦) .

(٨) في (ن) : [لا تترك] .

١٨٦٧٧ - فإن قيل : أولاد المسلمين حكم لهم بالإسلام ظاهرًا وباطنًا واللقيط حكم بإسلامه في الظاهر بدلالة أن ذميًا لو أقام البينة من المسلمين أن ابنه كان على دينه ، وذلك لأن حكمنا بإسلامه ظاهرًا وباطنًا وأقام البنية أنه من أولاد الكفار بينا أن الإمام غلط في حكمه ، ومثل هذا [في أولاد المسلمين عندنا لأن] (١) الأمة الذمية إذا كان مولاها مسلمًا وادعى ولدها ثبت نسبه فكان مسلمًا فإن أقام الذمي أنه كان تزوجها (٢) منه ثبت النسب من الزوج و تبعه الولد في دينه وظهر أن الإمام غلط في حكمه فلا فرق بينهما .

١٨٦٧٨ - احتجوا : بأن حكم اللقيط بظاهر الدار فإذا أقر بغيره بعد بلوغه (٣) .

١٨٦٧٩ - والجواب : أنا نقول بموجبه إذا قامت البينة أنه من أولاد أهل الذمة وأقر بذلك والمعنى في الرق أنه حق أقر به على نفسه فصدق في حقوقه و [لا يصدق] (٤) في غيره . ألا ترى أن عقوده لا تبطل و أما الإسلام فهو حق الله فلا يصدق في إسقاط/ وجوبه وصار نظيره الحقوق التي عليه إذا أقر بالرق ولم يبطل عنه (٥) .

١٨٦٨٠ - قالوا : إذا أظهر الكفر لم يقتل (٦) ولو وجب إجباره على الإسلام قتل إذا امتنع كسائر المسلمين

١٨٦٨١ - قلنا : قد يجبر على الإسلام من لا يقتل عندنا كالمرأة (٧) .

١٨٦٨٢ - ولأن القتل لا يثبت بالاحتمال فلما احتمل أن يكون من أولاد الكفار واحتمل أن يكون من أولاد المسلمين لم يجز قتله بالشك فعلى هذا لا يخرج من الإسلام بالشك .

* * *

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٢) أي أن الصبي قبل بلوغه يكون مسلمًا فكذا اللقيط يكون مسلمًا إذا وجد في مصر من أمصار المسلمين انظر : المغني (٨٨/٦) ، الشرح الكبير (٨٣/٦) .

(٣) انظر : المجموع شرح المهذب (٢٨٧/١٥) ، المغني (٤٢٣/٢) .

(٤) في (م) : [ولأنه يتصدق] .

(٥) انظر : الاختيار (٢٨/٢) ، الهداية (١٧٣/٢) .

(٦) في (م) : [لم يقبل] .

(٧) انظر : المجموع شرح المهذب (٢٨٧/١٥) ، مغني المحتاج (٤٢٣/٢) .

مسألة ١٣٧٠

حكم إسلام الصبي العاقل وردته

١٨٦٨٣ – قال أبو حنيفة ومحمد : إسلام الصبي الذي يعقل إسلام ، وردته ردة .

١٨٦٨٤ – وقال أبو يوسف : إسلامه إسلام وردته ليست ردة

١٨٦٨٥ – وقال زفر : لا يكون إسلامه إسلامًا ولا ردته ردة .

١٨٦٨٦ – وقال الشافعي : يحال بينه وبين أهله ويسلم إلى مسلم حتى يبلغ فإن وصف الإسلام حكم بإسلامه وإن وصف الكفر أقر عليه (١)

١٨٦٨٧ – ومن أصحابه من قال : إذا أسلم حكم بإسلامه من حين أسلم وهو صبي (٢) .

١٨٦٨٨ – قالوا : وكلام الشافعي (٣) في كتاب الطهارة يدل على ذلك .

١٨٦٨٩ – لنا : قوله – عليه الصلاة والسلام – : « كل مولود يولد على الفطرة وإنما أبواه يهودانه وينصرانه حتى يعرب لسانه فإما شاكرًا وإما كفورًا » (٤) فاتبعه أبويه في الدين ونقله عنهما إذا أعرب عن نفسه وقد وجد ذلك في مسألتنا فوجب أن ينتقل عن حكم أبويه إلى ما أظهر من الإسلام (٥) .

١٨٦٩٠ – قالوا : أخبر ﷺ أنهما يهودانه حتى يعرب عن نفسه ولم يقل أنه أعرب عن نفسه لزمه (٦) .

١٨٦٩١ – قلنا : نقله عن حكم الأبوين إذا أعرب لأن ما بعد الغاية يخالف (٧) ، ما

---

(١) انظر : الهداية (١٦٩/٢) ، مجمع الأنهر (٦٨٧/١) ، الاختيار (٣٥١/٣) ، فتح القدير (٩٤/٦) ، البحر الرائق (١٤٩/٥) . وبه قال مالك وأحمد انظر : الشرح الصغير (٣٠٨/٤) ، مواهب الجليل (٢٨٤/٦) . وبه قال أحمد في رواية له انظر : المقنع (٥١٧/٣ ، ٥١٨) ، المغني (٨٨/١٠) ، وما بعدها وذهب زفر إلى ما ذهب إليه الشافعي .

(٢) الذي قال بذلك هو أبو إسحاق .

(٣) أي إذا بلغ الصبي وكان عمره خمس عشر سنة وجب عليه الصلاة وإن كان أقل من ذلك لا يكون كمن تركها بعد البلوغ فلذا الردة في الصغير لا يعتد بها بخلاف ما بعد البلوغ فإنه يؤاخذ عليه . انظر : الأم (٨٧/١) .

(٤) رواه أبو داود في سننه (٣٨٦/٤) باب ما جاء "كل مولود يولد على الفطرة ، والبيهقي في السنن الكبرى (٢٠٢/٦) بنحوه ، والطبراني في المعجم الكبير (٢١٨/١) .

(٥) انظر : الهداية (١٧٠/٢) ، المغني (٨٨/١٠) .

(٦) انظر : النكت للشيرازى ورقة ١٨٢ .

(٧) في (ن) : [مخالف] .

قبلها ومن نقله عن حكمه يلزمه ما اعترف به .

١٨٦٩٢ - يدل عليه أن النبي ﷺ قال : أسلم عمير بن أبي وقاص وهو صبي وهاجر وتوجه مع النبي ﷺ إلى بدر قبل أن يحتلم فلما [1] عرض النبي ﷺ أصحابه بالسقيا كان يتوارى خلف الرجال حتى لا يرده فرده النبي ﷺ فبكا فأجازه واحتلم في الطريق وحضر الواقعة وحمائل السيف تعقد عليه لصغره وأبوه مات على كفره وأمه كانت كافرة وهذا أمر مشهور يقوله أهل السيرة فدل على قبول إسلام الصبي .

١٨٦٩٣ - ويدل عليه أن عليًا عليه السلام أسلم وهو صبيٌّ ولم يحتلم وافتخر بالسبق إلى الإسلام فقال : سبقتكم إلى الإسلام حرًّا [2] غلامًا ما بلغنا أنه حلم [3] لم يرد عليه الافتخار بالإسلام أحد .

١٨٦٩٤ - فدل على صحة إسلامه [4]

١٨٦٩٥ - فان قيل : قد [5] اختلف في إسلامه فذكر أحمد بن حنبل في كتابه في فضائل الصحابة عن قتادة [6] عن الحسن [7] أنه قال : أسلم على بن أبي طالب بعد خديجة وله خمسة عشر سنة أو ستة عشر سنة [8] .

١٨٦٩٦ - قلنا : هذا غلط ؛ لأن أحمد وجماعة الرواة رووا عن سفيان بن عيينة [9] عن جعفر بن محمد [10] قال : سمعت أبا محمد [11] يقول لعمته فاطمة بنت

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [كلما] .
(٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [طرًا] .
(٣) انظر : الاختيار (٣٣١/٣) ، المغني لابن قدامة (٨٨/١٠) .
(٤) انظر : الهداية (١٧٠/٢) ، مجمع الأنهر (٦٨٨/١) .
(٥) انظر : النكت ورقة ١٨٢ . (٦ ، ٧) سبق ترجمته
(٨) انظر : الإصابة (٥٦٤/٦) وما بعدها .
(٩) هو : سفيان بن عيينة بن أبي عمران مولى لبني عبد الله بن رويبه ولد عام ١٠٧ هـ روى عن عمرو بن دينار والزهيري وزيد بن أسلم وغيرهم ، وروى عنه : الأعمش ، وابن جريج وشعبة والشافعي وغيرهم ، وكان ابن عيينة من أعلم الناس بالحديث مات سنة ١٩٨ هـ ، انظر : تهذيب التهذيب (١١٧/٤ ، ١٢٢) ، الجرح والتعديل (٣٢/١-٥٤) ، تذكرة الحفاظ (٢٦٢/١) ، التاريخ الكبير (٩٤/٢) .
(١٠) هو : جعفر بن محمد بن الشهيد أبو عبد الله ولد سنة ٨٠ هـ روى عن أبيه وعبد الله بن أبي رافع ، وعروة بن الزبير وغيرهم ، وعنه أبقة مرسي الكاظم ويحيى بن سعيد وغيرهم ومات سنة ٤٨ انظر : سير أعلام النبلاء (٢٥٥/٦) ، تذكرة الحفاظ (١٦٦/١) حلية الأولياء (١٩٢/٣) شذرات الذهب (٢٢٠/١) .
(١١) محمد ابن الشهيد أبو عبد الله جعفر الصادق . روى عنه الزهيري وشعبه وروى غيرهم وعنه أبو =

الحسين (١) : إن السنة الثامنة والخمسون فيها مات أبي وفيها قتل الحسين وفيها قتل علي ابن أبي طالب (٢) وأبا يحيى بن عبد الله بن الحسين فإنه قال إن علي قتل وله سبع وخمسون سنة وخطبه على الشهور التي رواها الناس وهي أصح خطبة يقول فيها : «أفسدتم علي رأيي بالعصيان ... حتى قالت قريش : ابن أبي طالب رجل شجاع ولكن لا رأى له [في الحرب] (٣) لله رأيهم ومن ذا يكون أعلم بها وأشهد لها ميراثًا مني والله لقد نهضت فيها وما بلغت العشرين ولكن لا رأي لمن لا يطاع وهو ﷺ لم يشهد حربًا قبل بدر وكانت في رمضان السنة الثانية من الهجرة وقد مضي قبلها من الإسلام خمس عشرة سنة فكيف يظن أنه أسلم وله خمس عشرة سنة ؟ » (٤) .

١٨٦٩٧ - وقولهم : إن النبي ذكر في المعارف أنه قبل وله ثلاث وستون لا يلتفت إليه .

١٨٦٩٨ - لأن طريق سفيان بن عيينة أصح الطرق وهو عن ولده ، وأعمار الناس في العادة يعرفها أهلهم ، ثم قد نقلنا عنهم أنه قال : أسلمت وما بلغت أول الحلم وقد نقل فيه كلام أبي بكر وعمر وهو أليفه فيما يرويه من الشعر ويحكيه عن العرب من الخيار .

١٨٦٩٩ - فإن قيل : يقولون تقتضي أنه أسلم وله خمس سنين ومثله لا يعقل الإسلام (٥) .

١٨٧٠٠ - قلنا : قد اختلف في مقام النبي ﷺ بمكة .

١٨٧٠١ - فإنه قيل : أقل من خمس عشرة فقد أسلم في السنة السابعة ومثله يعقل الإسلام .

١٨٧٠٢ - فإن قيل : الصبي إذا أظهر الإسلام مدح به وإن لم يصح كما يقولون إنه إذا صلى وصام لم يصح ذلك منه وإن كان يمدح به فيقال صبي ملازم الصلوات (٦) .

١٨٧٠٣ - قلنا : الصحيح عندنا أن هذه العبادات (٧) تصح منه ولا تكون واجبة ، وقد تكون الصلاة واجبة وغير واجبة ولا يكون الإسلام بأوله فإذا صحَّ منه كان واجبًا .

= حنيفة ومالك ومحمد بن الحسن وغيرهم وكان ثقة فاضلًا من آل البيت مات سنة ٦٨ ط انظر : صفة الصفوة (٢٤٦/٥) ، المنتظم لابن الجوزي (٢٤٧/٧) .

(١) هي : فاطمة بنت الحسين بن علي بن أبي طالب روت عن أبيها وعائشة ، وابن عباس وغيرهم وروى عنها ابناها وماتت سنة ١١١هـ انظر : الكاشف (٤٣٢/٣) ، الأعلام (١٣٠/٥) تاريخ الإسلام ص ٤٤٢ .

(٢) المغني لابن قدامة : (١٣٥/٨) .

(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [بالحرب] .

(٤) انظر : غريب الحديث لابن الأثير (٢٩/١) .

(٥) انظر : النكت للشيرازى ورقة ١٨٢

(٦) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٢ .

(٧) في (ن) : [العبارة] .

١٨٧٠٤ - ولأن أحكام الإسلام على بصيرة فوجب أن يحكم بإسلامه كالبالغ »[١] .

١٨٧٠٥ - ولأنه تصح صلاته وصيامه فيصح إسلامه كمن بلغ خمس عشرة سنة ، ولأن الأحكام الشرعية تلزمه عندهم الزكاة وعندنا صدقة الفطر والعشر فجاز أن يصح إسلامه كالبالغ[٢] .

١٨٧٠٦ - ولأن من وجب أن يزال يد الكافر عنه بإسلامه صح إسلامه كالعبد إذا أسلم .

١٨٧٠٧ - ولأن إسلامه يتعلق به حكم من أحكام الإسلام وهو إزالة يد أبويه عنه فتعلق به جميع أحكام الإسلام كمن بلغ خمس عشرة سنة .

١٨٧٠٨ - احتجوا : بقوله ﷺ : « رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يحتلم والمجنون حتى يفيق والنائم حتى يستيقظ »[٣] .

١٨٧٠٩ - قالوا : وهذا يقتضي سقوط التكليف عنه

١٨٧١٠ - والجواب : أن هذا يقتضي سقوط التكليف[٤] الشرعي الذي يعرف من جهته ﷺ ، والإسلام عندنا من الأحكام العقلية[٥] .

١٨٧١١ - ولأن الخبر يقتضي أنه لا يجب عليه الأحكام فليس المراد إذا لم يجب عليه الشيء لم يصح منه لأن العبادات الشرعية لا تلزمه وإن حدثت منه صحت[٦] .

١٨٧١٢ - احتجوا[٧] : بأنه تابع في الإسلام لغيره فوجب أن لا يصح إسلامه بنفسه كالصغير الذي لا يميز[٨] .

١٨٧١٣ - قلنا : إذا ثبت له حكم الشيء على وجه البيع فأولى أن ثبت له الحكم

---

(١) انظر : المغني لابن قدامة (١٣٤/٨) - .

(٢) انظر : المغني لابن قدامة (١٣٣/٨) - انظر : الاختيار (٣٥١/٣) .

(٣) انظر : المهذب (٢٢١/٢) والحديث .. رواه أبو داود في سننه (٥٥٨/٤ ، ٥٥٩) باب المجنون يسرق ، وابن ماجه في سننه (٦٥٩/١) باب صلاة المكره والناشئ ، والبيهقي في السنن الكبرى (٢٠٦/٦) ، والحاكم في المستدرك (٥٩/٢ ، ٣٨٩/٤) وأحمد في مسنده (١١٠/٦) ، وابن خزيمة في صحيحه (١٠٢/٢) .

(٤) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٥) انظر : الإختيار (٣٥١/١) ، المغني (١١٤/٨) .

(٦) انظر : المغني لابن قدامة (١٣٤/٨) .

(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [قالوا] .

(٨) انظر : النكت ورقة ١٨٢ .

بنفسه . ألا ترى أن المرأة تصير تابعة لزوجها في السفر والإقامة ولا يمنع ذلك أن ثبت لها حكم السفر والإقامة لفعلها (١) .

١٨٧١٤ - ولأن الصبي الذي لا يعقل لم يوجد منه القصد إلى الإسلام فلا يحكم بإسلامه والعاقل قصد الإسلام وهو بعقله فحكم بإسلامه (٢) .

١٨٧١٥ - ولا يلزم على علة الأصل السكران لا نصدقه أنه لم يقصد إلى ما يقول (٣) .

١٨٧١٦ - قالوا : لا يستباح دمه بردته فلم يصح إسلامه كالمجنون (٤) .

١٨٧١٧ - قلنا : القتل عقوبة : والعقوبات من أحكام الشرع فلذلك لم يلزمه وأما اعتقاد الإسلام فهو من أحكام العقل فإن وجد العقل لزمه .

١٨٧١٨ - وقولهم : إن الإسلام يجب بالشرع غلط ، لأن الشرع فرع على العلم بالتوحيد والنبوة ، وكيف يدل الفرع على أصله ؟ ثم يقال لهم إذا عرف الصبي دليل التوحيد وبان هل يقولون أنه يتصرف عن هذا الاعتقاد ولا يعمل به ؟ وهذا ليس بقولٍ لأحد فلم يبق إلا أن يعتقده وهذا هو الإسلام

١٨٧١٩ - فإن قيل : ليس يمتنع أن يتبين له الدلائل ولا يلزمه الاعتقاد كما أن دليل وجوب الصلاة تبين ولا يلزمه الصلاة (٥) .

١٨٧٢٠ - قلنا : هذا غلط ؛ لأنه إذا عرف التوحيد والنبوة بالعقل لزمه أن يعتقد وجوب الصلاة وغيرها من العبادات ، وإذا وجد شرط وجوبها ومن شروطها البلوغ ؛ لأنها مما تصح أن تجب في حال دون حال (٦) وأما التوحيد فلا يصح أن يجب في حال دون حالٍ فإذا كمل عقله وتصوره لم يعفُ وجوبه على شرط آخر .

١٨٧٢١ - قالوا : غير مكلف فلم يصح إسلامه كالمجنون (٧) .

١٨٧٢٢ - قلنا : إن أردتم أنه غير مكلف لشيء لم نسلم ؛ لأنه غير مكلف بالعقليات وإن أردتم أنه غير مكلف لبعض الأشياء فالفقير غير مكلف بالزكاة والحج .

١٨٧٢٣ - ولا يدل على ذلك أنه غير مكلف بالإيمان .

---

(١) انظر : الاختيار (٣٥٢/٣) .
(٢) انظر : المغني لابن قدامة (١٣٤/٨) .
(٣) انظر : الاختيار (٣٥٢/٣) .
(٤) انظر : الهداية (١٧/١٢) ، الاختيار (٣٥١/٣) .
(٥) انظر : النكت ورقة ١٨١ .
(٦) ساقطة من « ن » . انظر : المغني (١٣٤/٨) .
(٧) انظر : النكت ورقة ١٨٢ .

١٨٧٢٤ - قالوا : كل من لا يلزمه إقراره فإنه لا يلزمه إسلامه كالمجنون [١] .

١٨٧٢٥ - قلنا : لا نسلم ؛ لأن إقرار الصبي يلزمه إذا أذن له في التجارة [٢] .

١٨٧٢٦ - وبالإقرار قد لا يلزم البالغ في بعض الأحوال وهو المحجور عليه عندهم والمرتهن إذا أقر لوارثه عندنا [٣] .

١٨٧٢٧ - ولا يدل على أن الإسلام لا يصح من هؤلاء

١٨٧٢٨ - قالوا : حكم يتعلق بالقول فلم يتعلق بقول الصبي كإقراره [٤] .

١٨٧٢٩ - قلنا : لا نسلم ؛ لأن الإسلام يتعلق بالاعتقاد . ولأن الإقرار يوجد مع التكليف فلا يلزم المقر وقد يلزمه كذلك الصبي يوجد منه الإقرار فيلزمه تارة ولا يلزمه أخرى عندنا ، وكما كان الإيمان يلزم البالغ الكامل بكل حال كذلك الصبي الكامل بكل حال [٥] .

* * *

---

(١) انظر : الهداية (٦٦/١) .
(٢) انظر : النكت ورقة ١٨٢ .
(٣) انظر : النكت ورقة ١٨٢ .
(٤) انظر : الهداية (١٨٠/٣) .
(٥) انظر : الهداية (١٩٠/٣) .

مسألة ٩٣٨

حكم إذا ادعى نسب اللقيط اثنان فوصف أحدهما علامة في جسده

٢١١/أ ١٨٧٣٠ - قال أصحابنا : إذا ادعى نسب اللقيط اثنان فوصف أحدهما/ علامة في جسده كان أحق به [١] .

١٨٧٣١ - وقال الشافعي : يرجع إلى القافة [٢] فإن ألحقوه بأحدهما فهو أولى وإن ألحقوه [٣] بهما أو لم يكن به قافة [٤] فإنه يترك حتى يبلغ وينسب إلى أحدهما [٥] .

١٨٧٣٢ - لنا [٦] : أنه ملتقط فتعلق بوصف العلامة فيه حكم لا يثبت مع عدمها أصله جواز تسليم اللقطة إلى من وصفها إذا غلب علي ظنه صدقه .

١٨٧٣٣ - ولأن العلامة تدل على ثبوت اليد إليه ؛ لأن الظاهر أن الإنسان يعرف علامة ولده وكما لو قال أحدهما هو ابني وقال الآخر هذا ابني فكان ابنًا ؛ لأن مدعي الابن أولى به [٧] .

١٨٧٣٤ - ولأن اللقيط يستحق الدعوى فيجوز أن يرجع بوصف المدعي . ألا ترى

(١) انظر مختصر الطحاوي ص ١٤١ ، بدائع الصنائع (١٩٩/٦) ، فتح القدير (١١٢/٦ ، ١١٣) ، العناية على الهداية (١١٢/٦) ، رد المحتار (٣١٦/٣) ، تبيين الحقائق (٢٨٩/٣ ، ٢٦٩) ، البحر الرائق (١٥٧/٥) ، الهداية (١٧٣/٢) الاختيار (٣٠/٣) ، وبه قال أحمد انظر : المغني (٣٩٠/٦) ، كشاف القناع (٢٣١/٤) حيث جاء ما نصه فيه : « وإن التقطه اثنان قدم الموسر على المعسر ، والمقيم على المسافر فإن تساويا وتشاركا أقرع بينهما وإن اختلفا في الملتقط منهما قدم من له بينه فإن لم تكن لها بينة فإن لم تكن له بينة فوصفه أحدها قدم » الروض المربع (٥٢٧/٥) الإقناع (٤٠٧/٢) .

(٢) القافة : من القائف ، وهو من يعرف الآثار جمع قافة وقافَ أثره تبعه . انظر : القاموس المحيط (١٨٨/٣) ، مختار الصحاح ص ٥٧٣ .

(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الحقوق] . (٤) ساقطة من (ن) .

(٥) انظر : المهذب (٤٣٧/١) ، المجموع (٣٠٥/١٥) ، مغني المحتاج (٤٢٨٢/٢) ، زاد المحتاج (٤٦٨/٢) ، نهاية المحتاج (٤٦٣/٥) ، أسنى المطالب (٥٠٣/٢) ، روضة الطالبين (٤٣٨/٥ ، ٤٣٩) . وبه قال مالك : إن ازدحم على اللقيط اثنان فأكثر كل منهم صالح لحضانته وأراد كل أخذه قدم الأسبق ثم الأولى أي الأحق بكفالته وإلا فالقرعة تسري بينهم انظر : شرح منح الجليل على مختصر خليل (١٢٣/٤) ، انظر : مواهب الجليل (٨٢/٦) ، الشرح الصغير (٤٨٩/٥) .

(٦) انظر : المبسوط (٨/١١) ، فتح القدير (١٣٠/٦) ، البناية (٣٨/٦) ، الهداية (١٧٧/٢) ، المغني (٣٩١/٦) .

(٧) انظر : فتح القدير (١١٣/٦) ، البحر الرائق (١٥٨/٥) ، تبيين الحقائق (٢٩٦/٣) .

أن الأملاك لما لم تستحق إلا بالنية لم يرجع إلا بما يثبت به الاستحقاق وهذه مبنية على أنه لا يرجع إلى القافة وأن الدعاوى ترجح بالعلامات في اختلاف الزوجين في متاع البيت (١) والراكب المتعلق بلجام الدابة (٢) .

١٨٧٣٥ - احتجوا : بأنه وصف للمدعي فوجب أن لا تقوم به الدعوى ، أصله : إذا وصف اللقطة (٣) .

١٨٧٣٦ - والجواب : أن هناك لا يستحق بالدعوى فلا يرجح بالوصف [وهذا استحق بالقول فيرجح بالوصف ولأن اللقطة يتعلق بوصفها حكم وهو جواز التسليم وكذلك ها هنا يتعلق بالوصف] (٤) أيضًا (٥) حكم ولأن اللقطة إذا ادعاها اثنان ووصفها أحدهما جاز (٦) أن تسلم إليه ويخاصمه الآخر (٧) .

١٨٧٣٧ - قالوا : معنى من جهة المدعي لا تقوم به دعواه في اللقطة فلا تقوم في اللقيط كما لو كان زاهدًا (٨) .

١٨٧٣٨ - قلنا : هذا غير مسلم على ما بينا ولأن زهد المدعي لا يتعلق به حكم في اللقطة والعلامة يتعلق بها حكم في اللقطة كذلك في اللقيط .

١٨٧٣٩ - قالوا : العلامة قد يثبت عليها بالوصف فصار يداه في يد غيره (٩) .

١٨٧٤٠ - قلنا : هذا المعنى لم يمنع أن يتعلق بها جواز تسليم اللقطة إليه كذلك لا يمنع أن يترجح به دعواه في اللقيط .

١٨٧٤١ - ولأن الوصف إذا جاز أن يقف عليه من غيره فالعادة أن الأب لا يخفى عليه صفة ولده ، فإذا جهل الصفة رجح دعوى الآخر على دعواه .

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (١٩٩/٦) ، الهداية (١٦٦/٣ ، ١٦٧) ، الاختيار (١٢٣/٢) .

(٢) انظر : الهداية (١٧٤/٣) ، الاختيار (١٩/٢) .

(٣) أي أن وصف اللقطة لمن التقطها ليست دعوى تثبت له حق اللقطة بدليل أنه لو وصفها ثم أقام آخر البينة أنها لقطته فهي لصاحب البينة فكذلك إذا وصف اللقيط فإن ذلك لا يعد دعوى له بتملك اللقيط . انظر : المجموع (٢٦٨/١٥) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٥) انظر : فتح القدير (١١٣/٦) كذا العناية على الهداية (١١٣/٦) .

(٦) ساقطة من (ن)

(٧) انظر : فتح القدير (١١٢/٦) ، وكذا العناية على الهداية (١١٢/٦ ، ١١٣) .

(٨) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٢ .

(٩) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٢ .

مسألة ٩٣٩

حكم إذا مات اللقيط ولم يترك فجاء واحد وادعى نسبه

١٨٧٤٢ - قال أصحابنا : إذا مات اللقيط ولم يترك والدًا [فجاء][1] رجل [2] ، وادعى نسبه لم يثبت [3] .

١٨٧٤٣ - وقال الشافعي يثبت [4] .

١٨٧٤٤ - لنا : أنه حق يبتدئ إثباته في ميت والميت لا تثبت له الحقوق المبتدأة ولا عليه كالديون [5] [6] ولأنها دعوى نسب [7] في ميت من غير ميت فلم يثبت فيه ابتداء كما لو ادعاه اثنان [8] .

١٨٧٤٥ - ولأن ما لا يستحق بدعوى الاثنين لا يستحق بدعوى الواحد كالديون .

١٨٧٤٦ - احتجوا : بأنه أقر بنسب صغير مجهول النسب مع وجود الإمكان وعدم المنازع من غير إلحاق الضرر بأحد فوجب أن يصح . أصله : إذا كان [حيًا][9] [10] .

١٨٧٤٧ - والجواب : أنه إذا كان حيًا فهو ممن تثبت له حقوقه عليه ، ولأن دعوى الحي فيه منفعة له لا تلزم نفقته وحضانته وميراثه يجوز أن يكون ويجوز أن لا يكون كما يجوز أن يرث منه ويجوز أن يموت مورثه [11] وأما بعد الموت فيدعي ويستحق ويلتزم دفنه فصار في معنى المعاوضة فاتهم فيه فلم يثبت بقوله [12] .

١٨٧٤٨ - قالوا : من صح استحقاق نسبه في حياته صحَّ في موته كولد الملاعنة إذا ترك ولدًا [13] .

١٨٧٤٩ - قلنا : لا فرق بينهما فإن اللقيط لو بلغ مجنونًا فولد له ثم مات وادعى

---

(١) في (م) : [فجاز] .
(٢) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٣) انظر : المبسوط (٢١٤/١٠) ، فتح القدير (١١٣/٦) ، البحر الرائق (١٥٧/٥) ، تبيين الحقائق (٢٩٨/٣) ، الفتاوى الهندية (٣٩٧/٣) .
(٤) انظر : النكت ورقة ١٨٢ .
(٥) ساقطة من (ن) .
(٦) انظر : تبيين الحقائق (٢٩٨/٣) .
(٧) في (م) : [بسبب] .
(٨) انظر : البحر الرائق (١٥٧/٥) .
(٩) في (م) : [حقًا] .
(١٠) راجع النكت ورقة ١٨٢ .
(١١) انظر : البحر الرائق (١٥٧/٥) .
(١٢) انظر : رد المحتار (٣١٦/٣) .
(١٣) انظر : النكت ورقة ١٨٢ .

رجل ولده يثبت نسبه وإن لم يكن له ولد لم يثبت كما تقول في الملاعنة وإنما شرطنا أن يبلغ مجنونًا ؛ لأنه إذا بلغ عاقلًا لم يثبت نسبه بمجرد الدعوى حتى تنضم إليه البينة أو التصديق [1] فإذا بلغ مجنونًا ثبت نسبه بالدعوى فثبت بعد موته إذا أخلف ولدًا كما يثبت في ولد الملاعنة [2] .

* * *

(١) انظر : الهداية (١٧٤/٢) .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (١٩٩/٦) .

مسألة ٩٤٠

ادعاء المرأة صبيًا أنه ابنها

١٨٧٥٠ - قال أصحابنا : إذا ادعت المرأة صبيًا أنه ابنها لم يثبت نسبه منها حتى شهد لها على ولادته (١) .

١٨٧٥١ - وقال الشافعي : فيه ثلاثة أوجه .

١٨٧٥٢ - أحدهما مثل قولنا

١٨٧٥٣ - والآخر يثبت إن كان لها زوج أو لم يكن ولا يثبت من الزوج والثالث إن كان لها زوج لم يقبل إقرارها وإن لم يكن لها زوج صح إقرارها (٢) .

١٨٧٥٤ - لنا : أن النسب لا يثبت منها إلا بثبوته من غيرها وهو صاحب الفراش فلم يجز إقرارها بغير بينة كمن أقرَّ بأخ أو عم (٣) .

١٨٧٥٥ - وإن قيل : يجوز أن يكون الولد من الزنا فلا يثبت من غيرها (٤) .

١٨٧٥٦ - قلنا : أمر المسلمة محمول على الصلاح (٥) ولا يجوز حمل إقرارها على الزيادة فلا يثبت من غيرها ولا يجوز أن تكون وطئت بشبهة لأنه إذا لا ثبت منها ولد ولها فراش فلا يعلم الزنا ولا الوطء بشبهة نفى النسب من صاحب الفراش حتى ينفيه عن

(١) انظر : المبسوط (٢١٧/١٠) ، بدائع الصنائع (٢٠٠/٦) ، البحر الرائق (١٥٧/٥) ، وبه قال الشافعي وبه قال مالك انظر : الشرح الصغير (٤٨٨/٥) ، شرح منح الجليل (١٣٢/٤) .

(٢) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٢ ، الحاوي الكبير (٥٧/٨) ط دار الكتب العلمية بيروت ، المجموع شرح المهذب (٣٠٣/١٥) ، مغني المحتاج (٤٢٧/٢) ط مصطفى الحلبي ، روضة الطالبين (٤٣٨/٥) ، وبه قال أحمد انظر : المبدع (٣٠٥/٥) ، المقنع ٣٠٥ ، كشاف القناع (٢٣٥/٤) .

(٣) انظر : المجموع (٣٠٣/١٥) .

(٤) انظر : المبسوط (١٢٧/١٠) ، البحر الرائق (١٥٧/٥) ، بدائع الصنائع (١٠٠/٦) ، وبه قال الشافعية وبه قال مالك من علم جواز ثبوت نسب الولد من المرأة الا ببينة لم يلي : -
أولًا : قوة أدلتهن وسلامتها . ثانيًا : أن النسب يثبت باعتبار الفراش أولا وهو الرجل فالمرأة بهذه الدعوة تحمل النسب على غيرها وهو الزوج وهو صاحب الفراش حتى إذا ثبت مدة يثبت منها أما قولها ليس بحجة على الغير . انظر : المبسوط (١٠٧/١٠) . ثالثًا : قال ابن المنذر : لا يثبت بدعوى المرأة . انظر : المجموع (٣٠٤/١٥) .

(٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [المصلحة] .

نفسه [١] فلما لم يجز أن يلحق به لم يثبت منها وإذا ثبت هذا فيمن لها زوج .

١٨٧٥٧ - قلنا : إذا لم يكن لها زوج لم يقبل وإذا لم يكن فقد حملت النسب على زوج ، ويجوز أن يظهر لها ، ولأن ما لا يقبل إقرارها فيه إذا كان لها زوج لم يقبل إذا لم يكن لها زوج كالأخ والعم [٢] .

١٨٧٥٨ - قالوا : من صح إقراره بغير [٣] النسب صح بالنسب كالرجل [٤] .

١٨٧٥٩ - قلنا : نقول بموجبه لأن إقرارها يصح بالنسب إذا أقرت بأن قالوا يجوز إقرارها بالولد فجاز إقرارها بالولد حق يثبت علي نفسها وإقرارها بالولد حمل النسب على غيرها وحكم الأمرين مختلف [٥] بدلالة أن إقرار الرجل مقبول بالابن ولا يقبل بالأخ [٦] .

١٨٧٦٠ - قالوا : ثبوت النسب منها تعلمه قطعًا وثبوت النسب من الرجل لا يقطع فإذا ملك الرجل الإقرار بالولد فالمرأة أولى [٧] .

١٨٧٦١ - قلنا : إقرارها بابنها يعلم قطعًا بولادة أمها وإقرارها بابنتها لا يعلم قطعا ، ثم جاز إقرارها بابنها فلم يجز بأخيها مع وجود المعنى الذي ذكروا .

* * *

(١) قال الإمام العيني : « ولأن النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطء عن شبهة وبملك اليمين » انظر : البناية على الهداية (٨٣٤/٤) .

(٢) انظر : مجمع الأنهر (٣٠٥/٢) .

(٣) انظر : ساقطة من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٤) انظر : النكت ورقة ١٨٢ ، الحاوي الكبير (٥٧/٨) ط دار الكتب العلمية .

(٥) النكت ورقة ١٨٢ .

(٦) ويصح إقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى ولا يقبل بالولد ؛ لأن فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج ؛ لأن النسب منه إلا أن يصدقها الزوج لأن الحق له أو تشهد بولادته قابلة .

(٧) انظر : المجموع (٣٠٣/١٥) .

مسألة ٩٤١

تصرف اللقيط وعقده العقود

١٨٧٦٢ - قال أصحابنا : إذا بلغ اللقيط فتصرف وعقد العقود ثم أقر بالرق لإنسان فصدقه قبل قوله على نفسه ولم يقبل قوله في فسخ العقود وبطلان التصرف .

١٨٧٦٣ - وهو أحد قولي الشافعي : [١] وقال في القول الآخر تفسخ عقوده [٢] .

١٨٧٦٤ - لنا : أنه حر في الظاهر فإقراره يتضمن إسقاط حق نفسه وإسقاط حق غيره فيصدق على نفسه ولا يصدق على غيره كمن ابتاع عبدًا وزعم أنه حر عتق عليه ولم يرجع على البائع بالثمن [٣] .

١٨٧٦٥ - ولأن عقوده صحت في الظاهر فلم يقبل قوله في فسخها كما لو ادعى أنه شرط فيها شرطًا فاسدًا [٤] وأن الرق معنى لو قارب العقد منع صحته فإذا أقام به بعد صحة العقد في الظاهر لم يقبل قوله كمن باع وزعم أنه كان مجنونًا عند العقد [٥] .

١٨٧٦٦ - احتجوا : بأن ما ثبت به بالرق تثبت به أحكام ، كما لو أقر المدعي البينة على الرق [٦] .

١٨٧٦٧ - والجواب : أنه إذا أقام البينة ثبت الرق على وجه لا تهمة فيه فاتبعه أحكامه فإذا أقر به [اتهم في حق عليه فلم تتبعه الأحكام . ألا ترى أن العبد المبيع إذا شهد الشهود بحريته رجع المشتري على البائع بالثمن ولو أقر أنه] [٧] ابنه عتق عليه وثبت نسبه وعلمنا أنه حر الأصل ولم يرجع على البائع بشيء [٨] .

* * *

---

(١) انظر : تبيين الحقائق (٣٠٠/٣) ، البحر الرائق (١٦٠/٥ ، ١٦٠/٥) ، بدائع الصنائع (١٩٨/٦) .

(٢) انظر : مختصر المزني (٢٣٧/٨) ، النكت ورقة ١٨٢ ، الحاوي الكبير (٦٣/٨) ط دار الكتب ، المهذب (٤٣٨/١) ، المجموع (٣١٤/١٥) روضة الطالبين (٤٥١/١٥) .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (١٩٨/٦) .

(٤) انظر : تبيين الحقائق (٣٠١/٣) .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (١٩٨/٦) .

(٦) انظر : النكت ورقة ١٨٢ .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [بالثمن] انظر : بدائع الصنائع (١٩٨/٦) .

ادعاء الكافر نسب اللقيط

١٨٧٦٨ - قال أصحابنا : إذا ادعي الكافر اللقيط ثبت نسبه وكان مسلمًا [(١)] .

١٨٧٦٩ - وقال الشافعي : في أحد قوليه يكون على دينه [(٢)] .

١٨٧٧٠ - لنا : أنه محكوم بإسلامه بالدار فلا يقبل نقل الكافر عن دينه كما لو شهد عليه ، ولأن دعواه تتضمن منفعة اللقيط في النسب والحضانة وما يضره من طريق الدين فيقبل قوله فيما فيه منفعة ولا يقبل فيما فيه ضرر [(٣)] وكما لو أقر له بمال أنه يصح ولو أقرّ عليه بحق لم يقبل [(٤)] .

١٨٧٧١ - قالوا : بأنه لما ثبت نسبه تبعه في دينه كما لو ثبت بالبينة [(٥)] .

١٨٧٧٢ - قلنا : إذا ثبت بالبينة والشهود لا يتهمون في شهاداتهم فعلم بمضمون الشهادة والمقر متهم في إقراره فيجوز أن يقبل بعض ذلك دون بعض [(٦)] .

* * *

---

(١) وبه قال الشافعي : انظر : بدائع الصنائع (١٩٩/٦) ، تبيين الحقائق (١٩٩/٣) ، البحر الرائق (١٥٨/٥) ، مجمع الأنهر (٧٠١/١) ، الحاوي الكبير (٥٦/٨) ط دار الكتب العلمية - بيروت ، المهذب (٤٣٦/١) .

(٢) انظر : الحاوي الكبير (٥٦/٨) ، المهذب (٤٣٦/١) ، المجموع (٣٠١/١٥) ، مغني المحتاج (٤٦٣/٥) ، البحر الرائق (١٥٨/٥) .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (١٩٨/٦) .

(٤) انظر : البحر الرائق (١٥٥/٥) ، المبسوط (١١٨/١٠) .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (١٩٩/٦) .

(٦) انظر : الحاوي الكبير (٥٦/٨) .

مسألة ٩٤٣

ادعى اللقيط حر وعبد

١٨٧٧٣ - قال أصحابنا : إذا ادعى اللقيط [١] حر وعبد فالحر أولى ، وإن ادعاه مسلم وكافر فالمسلم أولى .

١٨٧٧٤ - وقال الشافعي : يتساوون [٢] .

١٨٧٧٥ - لنا : أن دعوى الحر المسلم أولى من دعوى العبد والكافر [٣] لأنه قد ثبت للصبي الإسلام والحرية والقولان إذا تعارضًا في حقوق الصغير فالأنفع أولى [٤] من الأضر كما لو شهد شاهدان برقه وشاهدان بحريته وكما لو أقر لأب له بحق ثبت ولو أقر عليه لم يثبت [٥] .

١٨٧٧٦ - ولأن كل ذكرين ادَّعيا النسب وأحدهما أحق بالحضانة كان أحق بالدعوى أصله : إذا ادعى أحدهما أنه ابنه والآخر أنه أخوه [٦] ، ولأن الدعوى في اللقيط كالبينة [٧] فإن ادعياه ثبت النسب من المسلم وتثبت له اليد عليه . لأنه أحق بحضانته ، فكما ادعياه وهو في يد أحدهما .

١٨٧٧٧ - قالوا : / بأن الحر والعبد يتساويان في جهة ثبوت النسب فصار كالحرين .

١٨٧٧٨ - قلنا : هما وإن تساويا في الأنساب فالدعوى تقبل لحق اللقيط لولا ذلك لم يثبت النسب بمجرد الدعوى وإذا قبلناهما ثبت ما فيه من منفعة وسقط ما فيه من ضرر .

* * *

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (١٩٩/٦) ، البحر الرائق (١٥٨/٥) ، مجمع الأنهر (٧٠٣/١) .

(٢) انظر : الحاوي الكبير (٥٥/٨) ط دار الكتب العلمية ، المهذب (٤٣٦/٢) ، المجموع (٣٠١/١٥) روضه الطالبين (٤٣٨/٥) .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (١٩٩/٦) ، مجمع الأنهر (٧٠٣/١) .

(٤) أي يثبت النسب من ذمي عند عدم دعوى مسلم ويكون اللقيط مسلمًا وكذا يثبت نسبه من عبد ادعى أنه ابنه لأنه ينفعه وكان حرًا لأن المملوك قد تلده الحرة فلا تبطل الحرية انظر : البحر الرائق (١٥٨/٥) .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (٢٢٣/٧) وما بعدها .

(٦) انظر : الاختيار (٢٨٣/٢) .

(٧) انظر : الهداية (١٧٣/٢) .

مَوْسُوعَة

القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارِنَة

المُسَمَّاة

التَّجْرِيد

كتاب الفرائض

مسألة ٩٤٤

ميراث ذوي الأرحام

١٨٧٧٩ - قال أصحابنا : ذوو الأرحام [١] أولى بالميراث من بيت المال ، وهم من لا سهم [٢] لهم [٣] ولا تعصيب [٤] من الأقارب مثل أولاد البنات وبنات الإخوة وولد الأخوات وولد الإخوة من الأب وبنات العم ، والعم من الأم والعمة وأولادهما والخال والخالة وأولادهما والجد أبو الأم .

١٨٧٨٠ - وقال الشافعي : بيت المال [٥] أولى منهم [٦] .

١٨٧٨١ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَأُوْلُوا۟ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِى كِتَٰبِ ٱللَّهِ ﴾ [٧] شهد الله أنه يستحب التوارث بالولاء [٨] والهجرة وكأن الله تعالى قال : وأولوا الأرحام بعضهم أولى بميراث بعض إلا [٩] أن تفعلوا إلى أوليائكم معروفًا أي [١٠]

---

(١) الرحم في الأصل : منبت الولد ووعاؤه في البطن ، ثم سميت القرابة والوصلة من جهة الولادة رحمًا ومنها ذوو الرحم ، والرحم خلاف الأجنبي وفي التنزيل ﴿ وَأُوْلُوا۟ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ ﴾ [الأحزاب : ٦] . انظر : المغرب (٣٢٥/١) ، المنجد في اللغة والأعلام ص ٢٥٣ . وفي اصطلاح الفقهاء : كل قرابة ليس بذي فرض ولا عصبة . مجمع الأنهر (٧٦٥/٢) ، كشاف القناع (٤٥٥/٤) .

(٢) السهم : جمع سهام : قدح الميسر يقارع به واحد النبل ، والجمع أسهم سهمه وسهمان : النصيب والحظ يقال : « أي أصابه في القمة سهمان : أي نصيبان » . انظر : المنجد في اللغة والأعلام ص ٣٦٠ .

(٣) في جميع النسخ [له] .

(٤) العصبة : البنون وهم قرابة الرجل لأبيه ، كأنها جمع عاصب وإن لم يسم من عصبوا به إذا أحاطوا حوله وإنما سموا عصبة لأنهم عصبوا بالميت . انظر : أنيس الفقهاء ص ٣٠١ .

(٥) ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٦) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٤ ، الحاوي الكبير للماوردي (١٤٣/١٠) ، المجموع (٥٥/١٦) قال في مغني المحتاج : فأصل المذهب أنه لا يورث ذوو الأرحام ولا يرد على أهل الفرض ، بل لبيت المال وأفتى المتأخرون إذا لم ينتظم أمر بيت المال ، بالرد على أهل الفرض غير الزوجين ما فضل عن فروضهم بالنسبة فإن لم يكونوا صرف إلى ذوي الأرحام . انظر : مغني المحتاج (٦/٥) ، نهاية المحتاج (٩/٥) ، الشرقاوي على التحرير (١٩٠/٢ ، ١٩١) وبه قال مالك مواهب الجليل (٤١٤/٦) .

(٧) سورة الأحزاب : الآية ٦ .

(٨) الولاء : من آثار العتق ، مأخوذ من الولي بمعنى القرابة ، يقال بينهما ولاء : أي قرابة حكمية حاصلة من العتق أو الموالاة . انظر : أنيس الفقهاء ص ٢٦١ ، التعريفات ص ١٧٥ .

(٩) في (م) : [إلى] .

(١٠) انظر : المبسوط (٣/٣٠) .

توصوا [1] لهم بوصية .

١٨٧٨٢ - وهذا يدل أن المراد بالآية أنهم أولى بالمال .

١٨٧٨٣ - فإن قيل : قوله في كتاب الله يدل على الرحم الذي يورث به وهو من ذكر ميراثه في كتاب الله وهو لا حق لهم في آية المواريث [2] .

١٨٧٨٤ - قلنا : قوله : في كتاب الله معناه [3] فيما كتبه وهو حكمه وليس المراد به القرآن بدلالة أنا لا نعلم أن هذه الآية تأخرت من أي المواريث حتى حملت عليها .

١٨٧٨٥ - ولأنه لا خلاف أن الجدة تستحق الميراث وليست ممن ذكر في آية المواريث [4] .

١٨٧٨٦ - فإن المراد بكتاب الله حكمه عموم ما قررنا ويدل عليه قوله تعالى [5] : ﴿ لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَآءِ نَصِيبٌ [6] مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ ﴾ [7] .

١٨٧٨٧ - وهذا يقتضي أن يكون بكل قرابة من الرجال والنساء نصيب من التركة [8] .

١٨٧٨٨ - فإن قيل : قوله نصيبًا [9] مفروضًا [10] يدل على أن القرابة المستحق بها من فرض له نصيب [11] .

١٨٧٨٩ - قلنا : قوله نصيبًا نكرة وقوله مفروضًا ليس بصفة لأنه لو كان كذلك

---

(١) في (م) : [موصى] لهم .

(٢) أي أن الاحتجاج بهذه الآية يمكن تأويله بأن المراد به أراد المذكورين في آية المواريث ولهذا قال « في كتاب الله » وليس لهما ذكر في كتاب الله . انظر : النكت ورقة ١٨٤ .

(٣) ساقطة من (ن) .

(٤) أي أن ميراث ذوي الأرحام وإن كان غير ثابت بالنص في القرآن فإنه ثابت حكمًا كما أنه لا خلاف في أن الجدة صاحبة فرض وفرضيتها وإن كانت لا تتلى في القرآن فهي ثابتة بالسنة المشهورة وإجماع السلف والخلف وكفى بإجماعهم حجة . انظر : المبسوط (١٦٥/٢٩ ، ٣/٣٠) ، المغني لابن قدامة (٨٥/٧) .

(٥) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٦) النصيب جمع أنصبة وأنصباء : الحصة من الشيء - الحظ ، يقال هذا نصيبي أي حظي ، كأنه الذي رفع لك ، انظر : المنجد في اللغة والأعلام ص ٨١١ .

(٧) سورة النساء : الآية ٧ .

(٨) المبسوط (٥/٣٠) .

(٩) في (م) : [نصيب] وهو خطأ .

(١٠) سورة النساء : الآية ٧ .

(١١) انظر : المجموع (٥٢/١٦) ، المبسوط (٣/٣٠ ، ١٧٥/٢٩) ، تبيين الحقائق (٢٤٢/٦) ، مجمع الأنهر (٧٦٥/٢) ، كشاف القناع (٤٥٥/٤) ، المقنع (٣٣٤/٢) ، شرح منتهى الإرادات (٥٩٤/٢) ، المغني لابن قدامة (٤٧/٧ ، ٨٤/٧) .

لكان إعرابه كإعرابه فنفى أن يكون حالًا والحال ينتقل فكان قدر نصيب في حال فرضه لهم [١] ، [٢] .

١٨٧٩٠ – وقال الأخفش [٣] : هو محمول على كلامين كأنه قال : جعله نصيبًا مفروضًا [٤] .

١٨٧٩١ – ويدل عليه قوله تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَـٰدِكُمْ ۖ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ۚ ﴾ [٥] ، وقد أريد بهذا ولد الولد بالإجماع فيتناول ولد البنت وولد الابن [٦] .

١٨٧٩٢ – ويدل عليه ما وري أبو أُمامة بن سهل بن حنيف [٧] أن رجلًا رمى رجلًا [٨] بسهمٍ فقتله وليس له وارث إلا خال فكتب بذلك أبو عبيدة بن الجراح [٩] إلى

---

(١) في (ن) : [هم] .

(٢) قوله : نصيبًا مفروضًا يجوز أن يعرب مفعولًا مطلقًا لأنه واقع في موقعه إذا التقدير عطاء ، ويجوز أن يعرب حالًا من فاعل (قل) أي مما تركه قليلًا أو كثير . وقيل : حال من النكرة لأنه قد وصفت ، وقيل : بفعل محذوف تقديره : جعلته أوجبت لهم نصيبًا ، وقيل : حال من الفاعل قلَّ أو كثر ، وقال الزجاج : انتصب على الحال . انظر : إعراب القرآن وبيانه (١٦٤/٢) ، البحر المحيط (٥٢٥/٣) .

(٣) هارون بن موسى بن شريك التغلبي الدمشقي . ولد : سنة مائتين . مقرئ دمشق ، قرأ بن ذكوان ، وهشام ، وكان إمامًا صاحب فنون وله تصانيف في القراءات والعربية وارتحل إليه المقرأون كهبة الله بن جعفر وأبي بكر النقاشي وغيرهم . روى عن : سلام المدائنى ، وأبو مهر الغساني . روي عنه : أبو أحمد بن الناصح ، والطبراني . توفي سنة اثنين وتسعين ومائتين . انظر : سير أعلام النبلاء (٥٦٦/١٣) . النجوم الزاهرة (١٣٣/٣) ، طبقات القراء لابن الجزري (٣٤٧/٢) .

(٤) انظر : الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٣٣/٥) .

(٥) سورة النساء : الآية ١١ .

(٦) قال السرخسي في المبسوط : « إن كانت بنات الصلب بنتين فصاعدًا فلهن الثلثين والباقي بين أولاد الابن للذكر مثل حظ الأنثيين عند علي وزيد ﷺ وهو قول جمهور العلماء » . انظر : المبسوط (١٤٢/٢٩) ، المغني لابن قدامة (٩/٧) .

(٧) هو : أبو أمامه أسعد بن سهل بن حنيف الأنصاري الأوسي سماه رسول الله ﷺ باسم جده لأمه أسعد بن زرارة . من كبار التابعين ولد في حياة النبي ﷺ وكان من عالية الأنصار وعلمائهم ومن أبناء البدريين . روى عنه : الزهري ، وسعد بن إبراهيم ، ومحمد بن المنكدر وغيرهم . توفي : سنة مائه ، وهو ابن نيف وتسعين سنة . انظر : سير أعلام النبلاء (٥١٧/٣) ، شذرات الذهب (١١٨/١) ، الاستيعاب ص ٨٢ ، أسد الغابة (١٨/٦) ، طبقات بن سعد (٨٢/٥) .

(٨) ساقطة من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٩) هو : أبو عبيدة بن عبد الله بن الجراح بن عدنان القرشي الفهري المكي . أحد السابقين الأولين ، وأمين =

عمر فكتب عمر أن رسول الله ﷺ قال : « الله ورسوله مولى من لا مولى له [والخال وارث من لا وارث له » (١) .

١٨٧٩٣ – وروى المقدام بن معد يكرب (٢) أن رسول الله ﷺ قال : « الخال وارث من لا وارث له »] (٣) .

١٨٧٩٤ – وروى عمرو بن مسلم (٤) عن طاووس عن عائشة عن رسول الله ﷺ قال : « أنا وارث من لا وارث له أعقل عنه وأرثه والخال وارث من لا وارث له يعقل عنه يرثه » (٥) .

١٨٧٩٥ – وفي خبر المقدام : « أنا مولى من لا مولى له ، أرث ماله وأؤدي عنه ، والخال وارث من لا وارث له يرث ماله فيعقل عنه (٦) » وهذا خبر صحيح متصل لم

= هذه الأمة ومعدودًا فيمن جمع القرآن يجتمع مع النبي ﷺ بالجنة . روى عن : العرباض بن سارية ، وجابر بن عبد الله ، وأبو أمامة الباهلي ، وسمرة بن جندب . روى عنه : جابر بن عبد الله ، وأبو أمامة الباهلي ، وسمرة ابن جندب ، وأسلم مولى عمر وغيرهم . وتوفي : سنة ثمان عشرة : وقيل : سبع عشرة . انظر : سير أعلام النبلاء (٥/١) ، التاريخ الكبير (٤٤٤/٦) ، حلية الأولياء (١٠٠/١) ، العبر (١٦/١) ، صفة الصفوة (٣٦٥/١) ، شذرات الذهب (٢٩/١) .

(١) رواه الترمذي في الجامع (٣٦٧/٤) باب ما جاء في ميراث الخال ، ورواه النسائي في السنن الكبرى (٧٦/٦) باب توريث الخال ، وابن ماجه في سننه (٩١٤/٢) ، باب ذوي الأرحام ، والدارقطني في سننه (٨٥/٤) ، وابن أبي شيبة في مصنفه (٢٦٣/١١) باب رجل مات ولم يترك إلا خال ، الطحاوي في شرح معاني الآثار (٣٩٧/٤) باب ميراث ذوي الأرحام بلفظة البزار .

(٢) هو : المقدام بن معد يكرب بن عمر بن زيد بن الكندي . وفد على رسول الله ﷺ من كندة . روى عن : رسول الله ﷺ . روى عنه : سليم بن عامر ، وخالد بن معدان ، والشعبي ، وأبو عامر وغيرهم . توفي : سنة سبع وثمانين . انظر : سير أعلام النبلاء (٤٢٧/٣) ، طبقات ابن سعد (٤١٥/٧) ، التاريخ الكبير (٤٢٩/٧) ، الاستيعاب ١٤٨٢ الإصابة (٢٠٤/٦) ، شذرات الذهب (٩٨/١) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٤) هو : عمرو بن مسلم الجندي روى عن طاووس وعكرمة وعنه معمر وابن عيينة ، قواه ابن معين ، ولينه أحمد ولم يترك ، وقال النسائي : ليس بالقوي ، وذكره ابن حبان في الثقات . انظر : الكاشف (٢٩٦/٢) ، تهذيب التهذيب (١٠٤/٨) ، سير أعلام النبلاء (١١٨/٨) .

(٥) رواه الترمذي في سننه (٣٦٧/٤ ، ٣٦٨) باب ما جاء في ميراث الخال ، والدارمي في سننه (٤٧٤/٢) باب ميراث ذوي الأرحام ، والدارقطني في سننه (٨٦/٤) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٢١٥/٦) باب من قال بتوريث ذوى الأرحام ، وابن أبي شيبة في مصنفه (٦٤/١١) من طريق المقدام باب رجل مات ولم يترك إلا خال ، والطحاوي في شرح معاني الآثار من طريق عائشة (٣٩٧/٤) باب ميراث ذوي الأرحام .

(٦) رواه أبو داود في سننه (٣٢٠/٣) كتاب الفرائض باب ميراث ذوي الأرحام ط دار الحديث ، والنسائي =

يعارضه مثله عدل مخالفنا مثله ورده بغير حجة [١] .

١٨٧٩٦ - فإن قيل : الخال السلطان [٢] .

١٨٧٩٧ - قلنا : عمر بن الخطاب روى هذا الخبر محكمًا في ميراث الخال النسب وكيف يجوز أن يذكر النبي ﷺ ليبين استحقاقه الميراث [ولا يذكره] [٣] بأخص أسمائه بل يذكر فيه اسمًا مشتركًا لا يختص به السلطان لا يستحق ميراث أحد وإنما استحقه المسلمون عندهم [٤] ،

١٨٧٩٨ - قالوا : قوله : « الخال وارث من لا وارث له » كما يقال [٥] : الصبر حيلة من لا حيلة له [٦] .

١٨٧٩٩ - قلنا : في الخبر « اللَّه مولى من لا مولى له ، والخال وارث من لا وارث له » [٧] فالمراد أحد الأمرين والظاهر هو المراد بالآخر ، وما يقولونه إن حمل عليه اللفظان كان كفرًا ، ثمَّ هذا يؤدى إلى أن يكون النبي ﷺ أثبت وهو يريد النفي وهو غاية التلبس [وهو لا يجوز عليه في بيان الشرائع] [٨] .

= في السنن الكبرى (٧٧/٦) باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر المقدام ، والترمذي في سننه (٣٦٧/٤) من طريق عمر بن الخطاب باب ما جاء في ميراث الخال ، والحاكم في المستدرك بلفظ متقارب (٣٤٤/٤) ط بيروت دار المعرفة ، والدارقطني في سننه (٨٦/٤) ، وابن أبي شيبة في مصنفه (٢٦٤/١١) باب رجل مات ولم يترك له وارث إلا خال ، وسعيد بن منصور في مسنده (٧٢/١) ، باب العمة والخالة ، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٣٩٨/٤) من طريق المقدام بن معد يكرب ، والبيهقي في السنن الكبرى (٢١٤/٦) باب من قال بتوريث ذوي الأرحام . تلخيص الحبير (٩٣/٣) .

(١) انظر : تبيين الحقائق (٢٤٢/٦) ، شرح معاني الآثار للطحاوي (٣٩٨/٤) .

(٢) أي أن قوله ﷺ : « الخال وارث من لا وارث له » يحتمل أن المراد بالخال هو السلطان فإنه يسمى خالًا وإذا احتمل الدليل التأويل سقط الاستدلال . انظر : النكت ورقة ١٨٤ .

(٣) في (م) : [ولا يسميه] .

(٤) قال ابن قدامة في المغني : أنه أراد بالخال السلطان ، هذا فاسد لوجوه ثلاثة أحدها : أنه قال : يرث ماله وفي لفظ قال يرثه . الثاني : أن الصحابة فهموا ذلك فكتب عمر بهذا جوابًا لأبي عبيدة حين سأله عن ميراث الخال وهم أحق بالفهم والصواب من غيرهم . الثالث : أنه سمّاه وارثًا والأصل الحقيقة انظر : المغني (٨٤/٧) .

(٥) هكذا في جميع النسخ والاعتراض كما في النكت قلنا : ثم يحتمل أنه أراد على سبيل التسلية كما يقال : الصبر حيلة من لا حيلة له ، والدليل عليه أنه قال لا وارث له فيصير حجة لنا ، انظر : النكت ورقة ١٨٤ .

(٦) انظر : الحاوي الكبير ١٤٥/١٠ ، النكت للشيرازي ورقة ١٨٤ .

(٧) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار عن المقدام بن معد يكرب

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

١٨٨٠٠ - [فإن قيل : يحتمل أنه أراد إذا كان له بعصيب] (١) .

١٨٨٠١ - قلنا : هذه اللفظة غير مذكورة في خبر عمر ، ولا في خبر عائشة ، وإنما ذكرت في خبر المقدام (٢) وقد تعارضت ، وروى ويعقل عنه وروى ويفك عانه (٣) يعنى يحمل نقله (٤) ، فيجوز أن يكون قوله ويعقل عنه : المراد به هذا وسمى ذلك عقلًا لما فيه من تحمل وإن لم يكن واجبًا .

١٨٨٠٢ - وقد روى الدارقطني حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : الخال وارث (٥) ولأن الخال عندنا يلزمه العقل في ولد الملاعنة (٦) إذا عتق من أخيه .

١٨٨٠٣ - وإذا تزوجت الحرة عبدًا فأولدها فجناية الولد على عاقلة أمه والخال أحدهم (٧) وإذا كان الخال يجوز أن يعقل وإن لم (٨) يكن ابن عم .

١٨٨٠٤ - فقد قلنا : بالظاهر فأما هم فلا يمكن حمله (٩) عندهم على ابن العم [لأنه يجب أن يستحق الميراث بكونه ابن العم] (١٠) بمعرفة بالنسب الذي لا يتعلق به استحقاق بل كان يجب أن يكون تعريفه بأخص وصفته بهذا الحكم أولى ويحتمل أن يكون هذا في الوقت الذي كان يعقل من يرث هذا ونسخ أحد الحكمين لا يسقط الآخر .

١٨٨٠٥ - ويدل عليه : ما روى واسع بن حبان (١١) وقال : توفي ثابت بن

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من النسخ وزدتها ليستقيم المعنى بها كما في النكت للشيرازي ورقة ١٨٤ .

(٢) فقد روى الطحاوي أن عمر كتب إلى أبي عبيدة أن رسول الله ﷺ : « قال الله ورسوله مولى من لا مولى له ، والخال وارث من لا وارث له » وكذا الحديث الوارد عن عائشة رضي الله عنها عن رسول الله ﷺ قال : الخال وارث من لا وارث له .

(٣) عان من عنى تعنيه وأعنى « إعناء الرجل » : إذا هو كلفه ما يشق عليه . انظر : المنجد في اللغة والإعلام ص ٥٣ .

(٤) أي أن هذا الحديث روي بروايات مختلفة ؛ فقد روي ويعقل عنه ، كما ورد في خبر المقدام أيضًا خبر حماد بن زيد انظر : شرح معاني الآثار (٣٩٨/٣) .

(٥) رواه الدارقطني في سننه (٨٦/٤) ، تلخيص الحبير (٩٤/٣) .

(٦) هو : الذي لا نسب له من قبل الأب فيكون ولاؤه لمولى الأم . انظر : اللباب (١٩٨/٤) .

(٧) انظر : الهداية : (٢٣٠/٤) .

(٨) ساقطة من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٩) في (ن) : [حمل] .

(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (م ، ن ، ع) . ساقطة من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(١١) هو : واسع بن حبان بن منقذ بن عمرو الأنصاري المازني المدني . صحابي جليل ، وقيل بل ثقة . روى عن ابن عمر ، وجابر وروى عنه : ابن حبان وابن أخيه محمد بن يحيى . انظر : تقريب التهذيب ص ٥٧٩ ، الكاشف (٢٠٤/٣) ، سير أعلام النبلاء (٢٢٥/٨) .

الدحداح [١] وكان أتينا فقال النبي ﷺ لعاصم بن عدي [٢] هل تعرفون له قبل نسبًا قال : لا يا رسول الله فدعا رسول الله ﷺ أبا لبابة بن المنذر [٣] ابن أخته فأعطاه ميراثه [٤] .

١٨٨٠٦ - ولا يقال : يحتمل أن يكون عصبة ؛ لأنه قال : لا يعرف له نسب .

١٨٨٠٧ - ولا يقال : عطاء لأنه من المسلمين لأن في الخبر أعطاه ميراثه وهذا يدل على أنه أخذه ميراثًا وأن ولد البنت وأبو الأم ينتسبون للميت بالولاء [٥] لولد الابن وأبو الأب ولأنهم يعتقون عليه بالقرابة فجاز أن يستحقوا الميراث كولد الأب .

١٨٨٠٨ - ولأن ولد الأم يدلي بأحد الأبوين كابن الأب ويعتق عليه فلو قتله لم يقتص منه وإذا وطئ جاريته لا يحد كأب الأب [٦] .

١٨٨٠٩ - ولأن ولد البنت يدلون بالبنت ، والبنت أقوى في استحقاق الإرث من الأم فإذا استحق الإخوة للأم الميراث فولد البنت أولى ، ولأن العم والعمة تساويا في الدرجة [٧] وكل ذكر وأنثى يتساويا في درجة القرابة [فكان الذكر من أهل الميراث

---

(١) هو : أبو الدحداح ثابت بن الدحداح بن نعيم بن غنم إياس الأنصاري ، روى عن النبي ﷺ وروى عنه ، واسع بن حبان . انظر : أسد الغابة (٢٦٧/١) ، الإصابة (١٩٣/١) .

(٢) هو : عاصم بن عدي بن العجلان بن حارثة بن ضبيعة العجلاني القضاعي أخو معن بن عدي أبو عبد الله ويقال أبو عمرو وحليف الأنصار . شهد أحد وكان رسول الله ﷺ قد استعمله على أهل قباء وأهل العالية فلم يشهد بدرًا وضرب له بسهمه ، وهو الذي أمره عويمر العجلاني أن يسأل له عن الرجل يجد مع امرأته رجلًا . روى عن : النبي ﷺ . روى عنه : سهل بن سعد ، وابنه أبو البداح بن عاصم بن عدي . توفي : في ولاية معاوية سنة أربعين . انظر : تهذيب التهذيب (٤٩/٥) ، الكاشف (٤٦/٢) ، الأعلام للزركشي (٢٤٨/٣) ، تقريب التهذيب ص ٢٥٨ .

(٣) هو : رفاعة بن عبد المنذر بن زنبر بن زيد بن أمية بن زيد بن مالك بن عوف بن عمرو بن عوف بن مالك بن الأوس أبو لبابة الأنصاري الأوسي . صحابي مشهور ، وكان أحد النقباء ، وكان أميرًا على المدينة في غزوة بدر . روى عن : أبي سعيد . روى عنه : ابن عمر ، وعبد الله بن يزيد ، وأبو بكر بن عمرو بن حزم ، وسعيد بن المسيب وغيرهم . انظر : الكاشف (٢٤٢/١) تقريب التهذيب ص ٦٦٩ ، تهذيب التهذيب (٢٨٢/٣) .

(٤) رواه الدارمي في سننه (٤٧٥/٢) باب ميراث ذوي الأرحام ، وابن أبي شيبة في مصنفه (٢٦٥/١١) باب رجل مات خاله وابن أخيه ، وعبد الرزاق في مصنفه (٢٨٤/٩) ، وسعيد بن منصور في مسنده (٧٠/١) باب العمة والخالة ، والطحاوي في شرح معاني الآثار بنحوه باب ميراث ذوي الأحارم (٣٩٦/٤) .

(٥) الولاء : المحبة والصداقة ، القرابة ، النصرة ، وهو : ميراث يستحقه الشخص بسبب عتق شخص . انظر : المنجد في اللغة والأعلام ص ٩١٩ .

(٦) انظر : الهداية (١٠١/٢) .

(٧) انظر : المبسوط (١٨/٣٠ ، ١٩) ، مجمع الأنهر (٧٦٨/٢) .

فكذلك الأنثى كالأخ والأخت [١] .

١٨٨١٠ – ولأن العمة تدلي بالجد كالعم [٢] ولأنها قرابة] [٣] يتعلق بها تحريم المناكحة فتعلق بها الإرث كبنات الابن ولأن الخالة تستحق الحضانة كالأم [٤] .

١٨٨١١ – ولأن كل رحم يحجب به الشخص استحق به [٥] الإرث بحال كالأخوة لما حجبوا الأم أسهموا بالإخوة الإرث .

١٨٨١٢ – ومعلوم بأن العم للأب والأم يحجب العم برحم الأم [٦] فيجب أن يرث العم من الأم بحال [أولى ولذلك] [٧] لم يحجب غيره بهذا الرحم .

١٨٨١٣ – ولأن القرابة لها رحم وإسلام بيت المال له إسلام ومن يدلي بسببين يقدم[٨] على من يدلي بسبب واحد إلا أن تضايق الفريضة عن السهام كالأخ للأب والأم والأخ للأب [٩] .

١٨٨١٤ – ولا يقال : بأن بنت المولى لها بسببين الإسلام وانتسابها إلى المولى أولى وبيت المال مقدم عليهما [١٠] ولأن الولاء بسبب لا يورث به إلا بالتعصيب فمن لا تعصيب له لم يوجد له سبب غير الإسلام [١١] وأما النسب فيستحق به الإرث

---

(١) انظر : المبسوط (١٥١/٣٠) ، مجمع الأنهر (٧٥/١) .

(٢) قال السرخسي : « والعم كالعمة فلهذا كان المال بينهما أثلاثًا » . انظر : المبسوط (٢٠/٣٠) .

(٣) ما بين المعكوفتين مكرر في هامش (ص) .

(٤) والخالة كالأم لقوله : « الخالة والدة » وروي عن البراء بن عازب في حديث طويل عن النبي ﷺ الخالة بمنزلة الأم » . انظر : البناية على الهداية (٤٧٤/٥) ، اللباب (١٠٢/٣) .

(٥) ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٦) انظر : المبسوط (١٧٤/٢٩) ، تبيين الحقائق (٢٣٨/٦) ، مجمع الأنهر (٧٤٩/٢) .

(٧) (م) ، (ن) ، (ع) : [أولا ذلك] .

(٨) في (م) : [لا يقدم] .

(٩) أي أن من يدلي بسببين يقدم على من يدلي بسبب واحد ، فذو الأبوين من العصبات ذكرًا كان أو أنثى مقدم في الميراث على ذي الأب فقط . انظر : مجمع الأنهر (٧٥٤/٢) .

(١٠) انظر : مجمع الأنهر (٧٤٧/٢) .

(١١) قال الزيلعي في التبيين : « إن الولاء يستحق الميراث بالتعصيب فقال : « ثم المعتق » لقوله ﷺ « الولاء لحمة كلحمة النسب » وهو آخر العصبات لقوله عليه الصلاة والسلام للذي أعتق : « هو عبدك وأخوك ومولاك إن شكرت فخير له وشرلك ، وإن كفرت فشر له وخير لك ، وإن مات ولم يدع وارثا كنت أنت عصبته » . انظر : مجمع الأنهر (٧٤٧/٢) .

بالتعصيب وتارة برحم ليس بتعصيب فكذلك قدم ذوي الرحم على بيت المال [١] .

١٨٨١٥ - احتجوا [٢] : بما روى أبو إمامه الباهلي [٣] أن النبي ﷺ قال : « إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث » [٤] .

١٨٨١٦ - قالوا : فلما لم يذكر الله قرابة المواريث العمة والخالة دل أنه لا حق لهما [٥] .

١٨٨١٧ - الجواب : أن قوله تعالى : « إن الله تعالى [٦] أعطى كل ذي حق حقه المراد به القرابة وقد ذكر ذا [٧] الرحم في القرآن بقوله تعالى : ﴿ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ ﴾ [٨] وبقوله ﴿ وَلِكُلٍّ جَعَلْنَا مَوَالِيَ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ ﴾ [٩] .

١٨٨١٨ - ولا يجوز أن يكون المراد به قرابة المواريث [١٠] لأن المولى لم يعطيها [١١] حقًّا وإن كان من أهل الحرب والجدة لم يذكرها وإن كانت من أهل الإرث ، كذلك بنات الابن فعلم أن هذا لم يقصد به نفي الاستحقاق عمن لم يذكر في الآية وإنما المراد

---

(١) قال في مجمع الأنهر : « ويستحق الإرث بنسب ونكاح وولاء ، ويبدأ بأصحاب الفروض ، ثم يبدأ بالعصبات النسبية فإن العصوبة النسبية أقوى من السببية ، ثم يبدأ بالعتق ، ثم الرد ، ثم ذوي الأرحام ، ثم بعدها مولى المولاة ، ثم المقر له بنسب ، ثم الوصي له بأكثر من الثلث ، ثم بيت المال » . انظر : مجمع الأنهر (٧٤٧/٢) ، المبسوط (١٣٨/٢٩) معين الحكام ص ٤٢٤ .

(٢) انظر : الحاوي الكبير (١٤٤/١٠) ، المجموع للنووي (٥٦/١٦) ، مغني المحتاج (٦/٣) .

(٣) صدى بن عجلان أبو أمامة الباهلي . صاحب رسول الله ﷺ روى عنه كثيرًا ، وبايع تحت الشجرة وروى له كرامات باهرة جذع هو منها . روى عن : عمر ، ومعاذ ، وأبي عبيدة وغيرهم . روى عنه : خالد بن معدان ، وسليم بن عامر ، ورجاء بن حيوة وغيرهم . توفي : سنة ست وثمانين بالشام . انظر : أسد الغابة (١٦/٣) ، الجرح والتعديل (٤٥٤/٤) ، التاريخ الكبير (٣٢٦/٤) ، مرآة الجنان (١٧٧/١) ، العبر للذهبي (٧٤/١) .

(٤) رواه أبو داود في سننه (٨٢٤/٣) باب في تضمين العارية ، باب ما جاء في الوصية للوارث ، والترمذي في سننه (٣٧٧/٤) باب ما جاء لا وصية لوارث ، والنسائي في سننه من طريق عمرو بن خارجة (٢٤٧/٦) باب إبطال الوصية للوارث ، والنسائي في السنن الكبرى (١٠٧/٦) ، وابن ماجه في سننه (٩٠٥/٢) ، باب لا وصية لوارث ، والدارقطني في سننه (٤١/٣ ، ٧٠/٤) ، وابن أبي شيبة في مصنفه (١٤٩/١١) باب ما جاء في الوصية للوارث ، والبغوي في شرح السنة (٣٣٢/٨) ، وأحمد في مسنده (٢٣٨/٤) .

(٥) انظر : مغني المحتاج (٦/٣) .

(٦ ، ٧) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٨) سورة الأحزاب : الآية ٦ . انظر : المبسوط (١٧٦/٢٩) ، تبيين الحقائق (٢٤٢/٦) .

(٩) سورة النساء : الآية ٣٤ .

(١٠) انظر : المبسوط (٤٣/٣٠) ، والمراد من ذلك بيان النصيب على سبيل الاستحقاق إرثا على سبيل البر والمعونة ابتداء .

(١١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [يعط فيهما] .

من حصل له حق في الشرع (١) .

١٨٨١٩ - قالوا : روى مسعدة بن اليسع (٢) عن محمد بن عمرو (٣) عن أبي سلمة (٤) عن أبي هريرة أن النبي ﷺ سئل عن ميراث العمة والخالة فقال : لا أدري حتى يأتيني جبريل ثم قال : أين السائل عن العمة والخالة ؟ فقال الرجل : نعم ، فقال ﷺ / نبأني جبريل أن لا شيء لهما (٥) .

١٨٨٢٠ - قلنا : احتجاج مخالفنا بهذا الخبر يدل على ترك مراعاة أصوله ؛ لأن هذا الخبر روته الأئمة مرسلًا (٦) عن زيد بن أسلم (٧) ومنهم من رواه عن عطاء بن يسار (٨) .

(١) قال السرخسي : « وأولاد الابن يقومون مقام أولاد الصلب عند عدم أولاد الصلب في جميع ما ذكرنا لقوله تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ ﴾ واسم الأولاد يتناول أولاد الابن مجازًا . قال الله تعالى : ﴿ يَٰبَنِيٓ ءَادَمَ ﴾ وعند نزول الآية لم يكن أحدٌ بقي من صلب آدم عليه السلام . انظر : المبسوط (١٤١/٢٩) .

(٢) هو : مسعدة بن اليسع وذكروا أن اسمه عبد الله . من أصحاب النبي ، وصاحب الجيوش ؛ لأنه كان أميرًا عليها ، وبعثه يزيد بن معاوية على جند دمشق يوم وبقي إلى أن بايع مروان بالخلافة بالجابية . انظر : الإصابة (٤٩٥/٣) ط دار الفكر العربي - بيروت - لبنان ، أسد الغابة (٣٨٤/٣) .

(٣) هو : محمد بن عمرو بن سلمة المخزومي . روى عن أبيه ، انظر : وروى عنه مسعدة بن اليسع وغيره وثّقه ابن حبان . مات عام (٦٧) . انظر : تهذيب التهذيب (٢٦٤/٩) ، الثقات (٣٥٧/٥) .

(٤) هو : أبو سلمة بن عبد الأسد بن هلال بن عبد الله بن عمر بن مخزوم بن يقظة بن مرة بن كعب أخو رسول الله ﷺ من الرضاع ، وابن عمته برة بنت عبد المطلب ، وأحد السابقين الأولين ، هاجر إلى الحبشة ثم هاجر إلى المدينة وشهد بدرًا ومات بعدها بأشهر ولما انقضت عدة زوجته أم سلمة تزوج بها النبي ﷺ . روى عن : النبي ﷺ ، وروت عنه زوجته أم سلمة توفي سنة ثلاث من الهجرة . انظر : سير أعلام النبلاء (١٥٠/١) ، تهذيب التهذيب (١١٥/١٢) ، أسد الغابة (١٥٢/٦) ، تقريب التهذيب ص ٣١٠ .

(٥) رواه الدارقطني في سننه (٨٠/٤) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٢١٢/٦ ، ٢١٣) ، والحاكم في المستدرك (٣٤٢/٤ ، ٣٤٣) ، ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٦٣/١١) باب في الخالة والعمة من كان يورثهما من طريق عمرو بن شريك .

(٦) رواه أبو داود في المراسيل . انظر : تلخيص الحبير (٩٤/٣) .

(٧) هو : زيد بن أسلم أبو عبد الله العدوي المدني الفقيه . كان له حلقة للعلم في مسجد رسول الله ﷺ قال البخاري كان علي بن الحسين يجلس إلى زيد بن أسلم فكلم في ذلك فقال : إنما يجلس الرجل إلى من ينفعه في دينه . روى عن : والده أسلم مولى عمر ، وعبد الله بن عمر ، وجابر بن عبد الله ، وأنس بن مالك وغيرهم . وروى عنه : مالك بن أنس ، وسفيان الثوري ، والخزاعي ، وسفيان بن عيينه وغيرهم . توفي سنة : ثلاثين ومائة . انظر : سير أعلام النبلاء (٣١٦/٥) ، تهذيب سير أعلام النبلاء (٤٩٣/١) ، تهذيب التهذيب (٣٩٦/٣) . تقريب التهذيب ص ٢٢٢ .

(٨) هو : عطاء بن يسار وكنيته أبو محمد المدني . كان فقيهًا واعظًا وهو أخو الفقيه سليمان ، وعبد الله ، وعبد =

١٨٨٢١ – وقد رواه الشافعي مرسلًا [١] ثم قد رواه الدارقطني عن مسعدة بن اليسع الباهلي عن محمد بن عمرو عن أبي سلمة عن أبي هريرة ، قال الدارقطني لم يسنده غير مسعدة وهو ضعيف والصواب مرسل [٢] وقال في موضع آخر من كتابه أسنده مسعدة ووهم فيه ولم يبين ذلك مسعدة وهو من وضاع الحديث روى نسخًا موضوعًا وكان الأولى لمخالفنا أن ينقل هذا الطعن إذا نقل الحديث عن الدارقطني [٣] فلا يستحل الإدلال به .

١٨٨٢٢ – قالوا [٤] : روى الشافعي مرسلًا أن النبي ﷺ كان يأتي قباء على حمار وحماره يستحر فسألنا عن العمة والخالة فأنزل اللّٰه تعالى أن لا ميراث لهما [٥] .

١٨٨٢٣ – ورواه أصحابنا عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار وعن ابن عمرعن النبي ﷺ وهذا ليس له أصل صحيح ولا فاسد ولا يحل ذكره إلا على إرساله فإما أن يخلو عن كتاب أو رواية فلا .

١٨٨٢٤ – فإن قيل : فما تقولون عن هذه الأخبار على أصولكم بقول المراسيل ؟ .

١٨٨٢٥ – قلنا : هذا قبل نزول الآية في التوارث بالرحم ثم نزلت الآية فأفادت الميراث وبين رسول اللّٰه ﷺ ذلك في الخال ، وبيانه في الخال بيان في الخالة فيصير المثبت أولى من النافي ويحتمل لا شيء من العصبات وذوي السهام أولى بتركهما سهم مقدر وتعصيب .

١٨٨٢٦ – قالوا : كل أنثى ساوت أخاها في القرابة إذا لم تشارك في الإرث لم تكن وارثة كبنت المولى ، وعكسه البنت والأخت .

١٨٨٢٧ – قلنا : ولد المعتق يرثون بتعصيب المعتق لا بقرابته بدلالة أن المعتق إذا خلف ابنين فمات أحدهما وترك ابنًا وترك الآخر خمس بنين ورثوا المعتق لا بتعصيب

= الملك . روى عن : زيد بن ثابت ، وأبو أيوب ، وعائشة ، وأسامة بن زيد وغيرهم . روى عنه : زيد بن أسلم ، وعمرو ابن دينار ، وصفوان بن سليم وغيرهم . توفي : سنة ثلاث ومائة . انظر : طبقات ابن سعد (١٧٣/٥) ، تذكرة الحفاظ (٩٠/١) ، العبر للذهبي (٩٤/١) ، طبقات الحفاظ ص ٣٤ ، شذرات الذهب (١٢٥/١) .

(١) انظر : الأم (٢٨٧/٦) ، المسند ٢٢٥ .

(٢) انظر : سنن الدارقطني (٨٠/٤ ، ٨٢) .

(٣) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٤ ، الحاوي الكبير (١٤٥/١٠) ، المجموع (٥٦/١٦) .

(٤) قباء : اسم المكان الذي نزل فيه النبي ﷺ والذي أسس فيه أول مسجد في الإسلام . انظر : فتوح البلدان ص ٨ .

(٥) رواه الحاكم من طريق أبي سعيد الخدري (٢٤٣/٤) .

لهما فلم تشارك أخاها ولم تستحق بانفرادها فأما أقارب الميت فيستحقون بالرحم إذا اجتمعت الأنثى مع الذكر في الدرجة وتساويا في القوة وتشاركا كالبنت والابن لأن الابن عصبة والبنت ذات سهم ولكل واحد في الأمرين ضرب من القوة ليس للآخر .

١٨٨٢٨ - ألا ترى أن ذوو السهام إذا استغرقوا الفريضة اسقطوا العصبات وللعصبة ضرب من القوة ليس لذوي السهام لأنه إذا انفرد استحق كل المال بجهة واحدة فلما استوى الابن والبنت في الدرجة ولكل واحد ميزة ليست لصاحبه اشتركا ، وأما العم والعمة فاجتمعا في الدرجة وللعم ميزة التعصيب وليس للعمة تعصيب ولا سهم فلم يساوه فاستحق الإرث فيها [١] فإذا عدم لم يوجد من يتقدم عليها فاستحقت وصارت كالأخ للأب مع الأب والأم ولما تأكد [٢] استحقاقه انفرد بالإرث دونها فإذا عدم استحقت الإرث [٣] .

١٨٨٢٩ - قالوا : من لا يرث مع عصبة أبعد من لا يرث بقرابته بحال كابنة المولى والمملوك والكافر من المسلم وعكسه الأولاد والإخوة [٤] .

١٨٨٣٠ - قلنا : تقديم البعيد على القريب لقوته لا يوجب إخراج القريب من الإرث كما أن استحقاق القريب مع البعيد لا يوجب سقوط حق القريب ألا ترى أن ابن العم وإن بعد يرث مع البنت مع قربها ولم يجز أن يستدرك بمشاركته على إسقاط حقها لأنها ترث بالسهم وترث بالتعصيب [٥] .

---

(١) قال السرخسي : « إذا ترك عمًا وعمة فأما أن يكون لأب وأم أو لأب أو لأم فإذا كانا لأب وأم أو لأب فالمال كله للعم لأنه عصبة ولا ميراث لأحد من ذوي الأرحام مع العصبة . انظر : المبسوط (١٩/٣٠) ، تبيين الحقائق (٢٣٥/٦) . مجمع الأنهر (٧٥٣/٢) .

(٢) في (م) : [كرت] .

(٣) أي أن العمة تستحق الإرث عند عدم وجود العم قال السرخسي : « وجه قول علمائنا رحمهم الله : إن الأصل أن الأنثى متى أقيمت مقام ذكر فإنها تقوم مقام ذكر في درجتها ولا تقوم مقام ذكر هو أبعد منها بدرجة أو أقرب والذكر الذي في درجة العمة العم وهو وارث فتجعل العمة بمنزلة العم . انظر : المبسوط (١٩/٣٠) ، ابن الحكام ص ٤٣١ ، المغني لابن قدامة (٨٦/٧) ، الشرح الكبير (١٠٤/٦) شرح منتهى الإرادات (٦٠٩/٢) .

(٤) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٤ ، المجموع (٥٦/١٦) .

(٥) أي أن ميراث العصبة البعيد لا يؤدى إلى سقوط حق القريب باعتباره صاحب فرض قال في التبيين : «ومع البنت لأقرب الذكور الباقي » والمقصود أنه إذا كان مع الميت لصلبه أولاد الابن أو أولاد ابن الابن وإن سفل أو المجموع كان الباقي بعد صاحب فرض البنت الصلبية لأقرب الذكور . انظر : تبيين الحقائق (٢٣٤/٦) . نقول : وأقرب الذكور إلى البنت ابن العم حيث لم يوجد أحد من العصبات فوقه فترث البنت سهمها المقدر لها ويرث ابن العم الباقي لكونه عصبة .

١٨٨٣١ - ولا تعصيب لها بنفسها من بعد من القرابة إذا كان له سهم أو تعصيب يقدم على ذي الرحم القريب ؛ لأنه لا سهم له ولا تعصيب فإذا انفرد تركه [١] يبين ذلك أن قوة النسب تقدم على القرب أن جد الأب أولى من العم بالميراث وإن كان العم أقرب لقوة نسب الجد ثم لم يخرج العم من الاستحقاق عند عدم الجد [٢] ، كذلك قوة سبب العصبة وذوي السهم أوجب تقديمه على ذي الرحم وإن قرب .

١٨٨٣٢ - ولا يدل ذلك على أنه لا يستحق عند الانفراد وأصلهم المملوك والكافر والمعنى فيه أن هناك معاني مؤثرة في الإرث [٣] .

١٨٨٣٣ - والخلاف في كون النسب فيما يستحق به الإرث في الجملة فقياسه على المعاني العارضة لا يصح .

١٨٨٣٤ - قالوا : قرابة مورث بقرابة تقدم على المولى فلما قدم المولى على ذي الرحم على أنه لا يرث وربما [٤] . قالوا : النبي ﷺ أجرى الولاء مجرى النسب فلا يتقدمه الفرع على أصله [٥] .

١٨٨٣٥ - قلنا : المولى له تعصيب وذوو الرحم ليس لهم ولاء [٦] تعصيب وقد بينا أن المستحق بالسهم والتعصيب يقدم في الإرث .

١٨٨٣٦ - فأما قولهم : أن الولاء فرع النسب .

١٨٨٣٧ - قالوا : لا تعصيب فهو فرع للنسب الذي هو التعصيب فلذلك تقدم عليه جميع العصبات وليس بفرع للنسب الذي هو الرحم فلذلك جاز أن يتقدم عليه .

١٨٨٣٨ - قالوا : الحجب [٧] أوسع من الإرث ، لأنه قد يحجب من لا يرث ولا يرث إلا من يحجب قد أثبت لذوي الأرحام الحجب مع سعة أمره فالإرث أولى [٨] .

---

(١) قال السرخسي : « إن من كان منهم ولد عصبة أو صاحب فرض فإنه يقدم على من ليس بعصبة ولا صاحب فرض » . انظر : المبسوط (٣٠/٥) .

(٢) قال السرخسي فأقرب العصبات الابن ثم الابن وإن سفل ثم الأب ثم الجد أب الأب وإن علا ثم الأخ لأب وأم ثم ابن الأخ ثم العم لأب وأم ثم العم لأب إلى آخر العصبات . المبسوط (١٧٤/٢٩ ، ١٧٥) .

(٣) انظر : المبسوط (١٣٨/٢٩) .

(٤) هكذا في جميع النسخ والملاحظ أن المصنف ترك الرد على استدلال الشافعية ولعله لوجاهته .

(٥) انظر : النكت ورقة ١٨٤٥ .

(٦) في (م) : [ولا] .

(٧) سبقت ترجمته .

(٨) الحاوي (١٤٦/١٠) .

١٨٨٣٩ - قلنا : فالزوج والزوجة لا يحجبون غيرهم وإن كانوا من أهل الإرث [١] على أنا جعلنا الحجب دليل لنا وبينا أن العم للأب والأم يحجب العم للأب برحم أمه فدل على أن العم لا يرث لولا ذلك ثم يحجب [٢] .

١٨٨٤٠ - قالوا : الخطأ في كيفية توريث ذوي الأرحام دليل على الخطأ في التوريث لأن الخطأ فيما يفرع [٣] على الشيء دليل على بطلانه .

١٨٨٤١ - قالوا : فلما قلتم أن ولد البنت وولد الأخت يقتسمون للذكر مثل حظ الانثيين فجعلتموهم عصبات وكذلك الخال والخالة ، وقلتم في أب الأم أنه أولى من ولد البنت فجعلتموهم عصبات لا تعصيب لهم ؛ لأنهم يدلون بمن لا تعصيب له فكيف يرث بالتعصيب من يدلي بمن لا تعصيب له [٤] .

١٨٨٤٢ - ثم قلتم : في ابن أخت لأم [وبنت أخت لأم] [٥] المال بينهما بالسويَّة ولا فرق بين أولاد البنات وأولاد الأخوة للأم [٦] ثم قلتم أن للعم ما للأب فللخالة ما للأم ؛ لأنهما يدليان بالأبوين [٧] وهذا يبطل بالجدة .

١٨٨٤٣ - لأن أم الأب تدلي بالأب ولم تستحق سهم الأب .

١٨٨٤٤ - قالوا : ثم قلتم في عمة الأم وخالها وخالة الأب وعمته أن ثلث الأم بين عمتها وخالتها أثلاثًا والعمة تدلي [٨] [بأبي الأم] [٩] وليس بوارث فما وجد الثلثين لها

---

(١) المغني لابن قدامة (٩٣/٧) ، الشرح الكبير (١٢٧/٧) .

(٢) قال صاحب مغني المحتاج : الأب ، والابن والزوج فقط لأنهم لا يحجبون ومن بقي محجوب بالإجماع ثم قال : والبنت وبنت الابن والأم والأخت لأبوين والزوجة والباقي من النساء محجوب . انظر : مغني المحتاج (٥/٣ ، ٦) ، نهاية المحتاج (١٢/٥) . المبسوط (١٩/٣٠) ، مجمع الأنهر (٧٦٨/٢) .

(٣) في (ن) : [تفرع] .

(٤) قال الماوردي في الحاوي : « قال الشافعي ﷺ لا ترث العمة والخالة وبنت الأخ وبنت العم والجدة أم أب الأم والخال وابن الأخ للأم والعم أخو الأب للأم والجد أبو الأم وولد البنت وولد الأخت ومن هو أبعد منهم انظر : الحاوي الكبير (١٤٣/١٠) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٦) قال الرملي في نهاية المحتاج « والأصح في مذهب أهل التنزيل وهو أن ينزل كل فرع منزلة أصله الذي يدلي له إلى الميت فيجعل ولد البنت والأخت كأمهما وبنتا الأخ والعم كأبيهما والخال والخالة كالأم . انظر : نهاية المحتاج (١٠/٥) .

(٧) انظر : مغني المحتاج (٨/٣) ، المنتقى الباجي (٣٢٩/٦) .

(٨) في (م) : [تدل] .

(٩) في (م) : [باقي الأم] .

والخالة تدلي بأم الأم فهي وارثة فجعلتم من يدلي بغير وارث أقوى من الميراث فهذا [١] فاسد [٢] .

١٨٨٤٥ - والجواب : أن هذا الكلام ممن لا يتصف بعينه وهو منقول في فروع الجد بمذهب زيد فهلا قال إن اضطراب زيد في التفريع على مقاسمة الجد ورد أصوله في الأكدرية [٣] دلَّ على فساد قوله في مقاسمة الجد وقد كان بعض من يتكلم في الفرائض عملًا في زماننا يسلك هذه الطريقة في الاستدلال إلا أنه لم يناقض ؛ لأنه قال في الجد . بقولنا لاضطراب فروعه فأما من ينصر الشافعي على زعمه كيف يورد هذه الطريقة هي بعينها لازمة لصاحبها في الجد .

١٨٨٤٦ - وقد قال أصحابنا : إن الذي دعى القوم إلى إسقاط ميراث ذوي الأرحام مع ورود النص عجزهم عن ترتيب فروعها وصعوبتها فأسقطوا الأصل فكفوا مؤونة الباب فهذه طريقة لهم في أصول كثيرة .

١٨٨٤٧ - فأما قولهم كيف يورثون مواريث العصبات من لا يدلي بعصبة [٤] فليس بصحيح ؛ لأن الدلالة لما دلت على توريثهم وليس لهم سهم مقدر صار كالعصبات فورث الأقرب منهم فالأقرب [٥] فأما ولد الأخت للأم لكم فلهم أسوة من يدلون به فلما كان ولد الأم يستوي ذكرهم وأنثاهم كذلك أولادهم [٦] ، وأما العمة والخالة فتركوا القياس فيهما لقول عمر وعلي وعبد الله [٧] بن مسعود .

---

(١) في (م) : [هذا] . (٢) انظر : مغني المحتاج (٨/٣) .

(٣) لقبت هذه المسألة بالأكدرية لأنه تكدر فيها مذهب زيد فاضطر إلى ترك أصله ، وقيل : إن عبد الملك بن مروان ألقاها على فقيه كان يلقب بالأكدر فأخطأ فيها على قول زيد ، وقيل : لأن الميت الذي وقعت له هذه الحالة كان يلقب بالأكدر ومن مذهب زيد أن البنات مع الجد كغيرهن من أصحاب الفرض ومن مذهبه أنه يجوز تفضيل الأم على الجد . انظر : المبسوط (١٨٤/٢٩) ، المغني لابن قدامة (٧٥/٧ ، ٧٦) ، الشرح الكبير (١٣/٧ ، ١٤) .

(٤) انظر : مغني المحتاج (١٩/٣ ، ٢٠) ، نهاية المحتاج (١٠/٥) .

(٥) قال الديلمي في التبين « وترتيبهم كترتيب العصبات » . انظر : تبيين الحقائق (١٤٢/٦ ، ١٤٣) ، المبسوط (٢٣/٣٠) ، معين الحكام ص ٤٢٩ ، مجمع الأنهر (٧٦٥/٢) انظر : المغني لابن قدامة (٨٨/٧) ، الشرح الكبير (١٠٥/٧) .

(٦) قال بن قدامة : « ومتى كان الأخوات أو الأخوة من ولد الأم فاتفق الجميع على التسوية بين ذكرهم وأنثاهم إلا الثوري » . انظر : المغني لابن قدامة (١٠١/٧) الشرح الكبير (١١١/٧) .

(٧) ساقطة من (ص) .

١٨٨٤٨ - قالوا جميعًا : للعمة الثلثان نصيب الأب وللخالة الثلث نصيب الأم (١) ، وأما أبو الأم فالصحيح من الروايتان ولد البنت أولى منه فأما عم الأم وخالها فيرثوا ميراثها على ترتيب العمة والخالة وقد حكمت الصحابة في ذلك لما ذكرنا (٢) .

١٨٨٤٩ - قالوا : الميت لا يخلو إما أن يكون له ابن عم ولا يرث ذوي الأرحام معه (٣) .

١٨٨٥٠ - قلنا : فكان يجب أن لا يستحق المسلمون ميراثه وإن جاز أن يستحق بيت المال ميراثه معه وهذا التقدير جاز أن يستحق ذوي الأرحام / ثم يجوز أن يخلو الميت من بني الأعمام .

١٨٨٥١ - ولأنه قد ينقطع نسبه من قبل أنسابه بأن يكون فيهم ابن ملاعنة ، وولد زنا (٤) فلم يصح هذا الذي قالوه (٥) .

* * *

(١) انظر : تبيين الحقائق (٢٤٢/٦) .

(٢) أي أن عند اختلاف جهة القرابة فلقرابة الأب ضعف قرابة الأم بمعنى إذا كان بعض ذوي الأرحام من جهة الأب وبعضهم من جهة الأم كان لمن من جهة الأب الثلثان ومن جهة الأم الثلث لما روينا من قضية عمرو بن مسعود ﷺ أن قرابة الأب أقوى فتكون لهم الثلثان والثلث لقرابة الأم . انظر : تبيين الحقائق (٢٤٣/٦) .

(٣) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٤ .

(٤) ابن الملاعنة وولد الزنا : لا نسب لها من قبل الأب فيكون ولاؤهما لمولى . انظر : الأم : اللباب (١٩٨/٤) .

(٥) انظر : المغني لابن قدامة (١٢٩/٦) .

مسألة ٩٤٥

الرد على أصحاب الفروض عدا الزوجين

١٨٨٥٢ - قال أصحابنا : إذا لم تستغرق (١) السهام (٢) ، الفريضة ولا عصبة للميت (٣) رد عليهم (٤) بقدر سهامهم إلا على الزوج والزوجة (٥) .

١٨٨٥٣ - وقال الشافعي : الفاضل عن السهام لبيت المال (٦) .

١٨٨٥٤ - لنا : قوله تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۚ ﴾ (٧) هذا يقتضي أن البنتين تستحقان جميع المال حين يكون سهم الابن وهذا

---

(١) في (م) : [يستغرق] .

(٢) السهام : جمع سهم ، وجمع أسهم وسهمة وسهمان ، النصيب ، الحظ يقال أصابه في القسمة سهمان ، أي نصيبان . انظر : المنجد في اللغة والإعلام ص ٣٦٠ .

(٣) العصبة : قوم الرجل الذين يتعصبون له انظر : المنجد في اللغة والإعلام ص ٥٠٨ .

(٤) الرد : لغة العود والرجوع والصرف . قال تعالى : ﴿ وَرَدَّ ٱللَّهُ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ بِغَيۡظِهِمۡ ﴾ أي أعادهم مقهورين ذليلين وقال أيضًا ﴿ فارتدا على آثارهما قصصا ﴾ أي رجعا وعادا . وفي الإصطلاح : الرد ضد العول بأن تزيد الفريضة على السهام ولا عصبة هناك تستحقه فيرد على ذوي السهام بقدر سهامهم إلا على الزوجين . انظر : المنجد في اللغة والإعلام ص ٢٥٤ ، الأسئلة والأجوبة الفقهية ص ٣٥٩ الاختيار ص ١٧٢ .

(٥) انظر : المبسوط (١٩٢/٢٩) ، تبيين الحقائق (٢٤٦/٦) ، مجمع الأنهر (٧٦٢/٢) ، الاختيار ص ١٧٢ ، الرائد في علم الفرائض ص ٩١ ، الأسئلة والأجوبة الفقهية ص ٣٦٠ ، الوجيز في الميراث ص ٦٤ . وقد أفتى متأخري الشافعية بالرد على أهل الفرض وهذا لا ينافي أن كثيرًا من المتقدمين أفتوا بذلك كما يستفاد من قول المصنف في الروضة إنه الأصح أو الصحيح عند محققي الأصحاب منهم ابن سراقة من كبار أصحابنا ومتقدميهم ثم صاحب الحاوي والقاضي حسين والمتولي وآخرون . انظر : نهاية المحتاج (٩/٥) ، المجموع للنووي (١١٣/٦) ، مغني المحتاج (٧/٣) وبه قال أحمد في رواية وهو ما عليه المذهب ، المقنع (٤٢٤/٢) ، المغني لابن قدامة (٤٦/٧) ، الشرح الكبير (٧٥/٧) ، الفروع (١٧/٥) الروض المربع (٥٩٤/٢) ، كشاف القناع (٤٣٣/٤) ، شرح منتهى الإرادات (٥٩٩/٢) .

(٦) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٤ ، المهذب ص ٣١ ط دار الفكر ، المجموع (١٣/١٦) ، مغني المحتاج (٧/٣) ، نهاية المحتاج (٩/٥) . وبه قال مالك : انظر : مواهب الجليل (٤١٤/٦) ، بلغة السالك (٥٨٨/٣) ، مواهب الجليل (٤١٤/٦) ، المنتقى (٤٢٤/٦) وهو رواية أخرى عن أحمد انظر : المقنع (٤٢٤/٢) ، المغني لابن قدامة (٤٦/٧) ، الشرح الكبير (٧٥/٧) ، كشاف القناع (٤٣٣/٤) .

(٧) سورة النساء : الآية ١١ .

لا يكون إلا على قولنا [١] .

١٨٨٥٥ - ويدل عليه قوله تعالى : ﴿ وَأُوْلُوا۟ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِى كِتَٰبِ ٱللَّهِ ﴾ [٢] .

١٨٨٥٦ - ويدل عليه ما رواه واثلة بن الأسقع [٣] قال : قال رسول الله ﷺ : « يجوز المرأة ثلث مواريث عتيقها ووليدها والولد الذي لوعنت به » [٤] فلا يستحق ميراث ابن الملاعنة إلا بالرد [٥] .

١٨٨٥٧ - [فإن قيل : إنما بين ﷺ ما يظن أنها لا تستحقه تبين الإرث بالولاء لأن النساء لا ترث به إلا من أعتقهن وبين ولد الملاعنة لابن لا يظن أنها لا ترثه كما يرثه الملاعن .

١٨٨٥٨ - قلنا : الميراث عبارة عن جميع ما تركه الميت فلما قال يجوز دل أنه قاض أراد استحقاقها] [٦]

١٨٨٥٩ - فإن قيل : ذكر في الخبر لقيطها

١٨٨٦٠ - قلنا : ظاهره يقتضي استحقاقها ميراثه لولا قيام الدليل .

١٨٨٦١ - ولأن البنت تنسب إلى الميت بالولادة فجاز أن تستحق جميع الميراث

---

(١) انظر : المبسوط (١٣٩/٢٩) ، تبيين الحقائق (٢٣٤/٦) .

(٢) سورة الأحزاب : الآية ٦ . انظر : المبسوط (١٩٤/٢٩) ، تبيين الحقائق (٢٤٧/٦) ، كشاف القناع (٤٣٣/٤) المغني لابن قدامة (٤٧/٧) ، الشرح الكبير (٧٦/٧) ، الأسئلة والأجوبة الفقهية ٣٦٠ .

(٣) هو : واثلة بن الأسقع بن كعب بن عامر ، وقيل : واثلة بن الأسقع بن عبد العزى بن عبد باليل بن ناشب الليثي من أصحاب الصفة ، كنيته أبو الخطاب وقيل أبو الأسقع أسلم سنة تسع ، وشهد غزوة تبوك ، وكان من فقراء المسلمين ﷺ وطال عمره وله مسجد بدمشق مشهور . روى عن : النبي ﷺ : وأبي هريرة ، وأبي مدثر الغنوي وغيرهم روى عنه ، أبو إدريس الخولاني ، ومكحول ، شداد أبو عمار وغيرهم توفي سنة ثلاث وثمانين وهو ابن مائة وخمسين سنة . انظر : سير أعلام النبلاء (٣٨٣/٣) ، أسد الغابة (٣٢٨/٥) ، طبقات بن سعد (٤٠٧/٧) ، تهذيب التهذيب (١٠١/١١) .

(٤) رواه ابن ماجه في سننه (٢٣/٢) ، والدارقطني في سننه (٨٩/٤) عارضة الأحوذي بشرح صحيح الترمذي (٢٦٧/٨) ، باب ما جاء ما يرث النساء من الولاء وهذا حديث حسن غريب لا يعرف إلا من هذا الوجه من حديث محمد بن حرب ط دار أم القرى للطباعة وللنشر القاهرة .

(٥) انظر : المبسوط (١٩٥/٢٩) ، المغني لابن قدامة (٤٧/٧) ، الشرح الكبير (٧٦/٧) ، المقنع (٤٢٤/٢) الأسئلة والأجوبة الفقهية ص ٣٦٠ ، التحقيقات المرضية ص ٢٥٠ .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

بالقرابة كالابن [١] .

١٨٨٦٢ – ولأن البنت [٢] والأخت تارة تكون [٣] عصبة وتارة تكون ذات سهم فجاز أن تستحق بقرابتها جميع المال كالأب والابن [٤] ، ولأن القرابة لها رحم وإسلام وبيت المال له إسلام من غير رحم ، ومتى اجتمع سببان يورث بهما واتسعت الفريضة لم تقدم عليه صاحب سبب واحد كالأخ للأب والأم والأخت للأب [٥] .

١٨٨٦٣ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَلَهُۥٓ أُخۡتٌ فَلَهَا نِصۡفُ مَا تَرَكَۚ ﴾ [٦] فمن قال يستحق الجميع فقد زاد في الحكم ولأنه أثبت لها النصف إذا انفردت كما أثبت [٧] لأختها جميع المال [٨] .

١٨٨٦٤ – قلنا : بين الله تعالى ما تستحقه بكونها أختًا وهي لا تستحق بالأخوة أكثر من النصف وإنما تستحق الزيادة بالقرابة وذلك معنى غير الأخوة [٩] .

١٨٨٦٥ – ألا ترى أن القرابة تتنوع فتارة تكون بنوة [١٠] وتارة تكون أبوة وتارة أخوة والقرابة في الكل معنى واحد فدل أن القرب معنى يعم ثم يخصص جهات فهي تستحق بجهة القرابة النصف وبأصل القرابة ما بقي إذا لم يكن من هو أولى منها .

١٨٨٦٦ – فإن قيل : ظاهر الآية يقتضي [١١] أنها جواب السؤال لأنه قال : ﴿ يَسۡتَفۡتُونَكَ قُلِ ٱللَّهُ يُفۡتِيكُمۡ فِي ٱلۡكَلَٰلَةِۚ ﴾ [١٢] وكيف يجوز عند السؤال أن يترك بعض

---

(١) انظر : المبسوط (١٩٤/٢٩ ، ١٩٨) ، معين الحكام ص ٤٢٨ ، تبيين الحقائق (٢٤٧/٦) .

(٢) في (م) : المثبت .　　　　(٣) في (م) : يكون .

(٤) ساقطة من (ص) قال السرخسي « وستة يتردد حالهم بين الفريضة والعصوبة وهم الأب والجد ، والبنت ، وبنت الابن ، والأخت لأب وأم ، والأخت لأب » . انظر : المبسوط (١٧٤/٢٩) .

(٥) قال السرخسي « والأقارب ساووا المسلمين في الإسلام وترجحوا بالقرابة » . انظر : المبسوط (١٩٥/٢٩) .

(٦) سورة النساء : الآية ١٧٦ .　　　　(٧) في (م) : [أنبت] .

(٨) المجموع (١١٤/١٦) يجاب عن ذلك بما ذكره ابن قدامة : « أن استدلالهم بقوله تعالى ﴿ فَلَهَا نِصۡفُ مَا تَرَكَۚ ﴾ لا ينبغي أن يكون لها زيادة عليه بسبب آخر كقوله تعالى : ﴿ وَلِأَبَوَيۡهِ لِكُلِّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٞۚ ﴾ لا ينبغي أن يكون للأب السدس وما فضل عن البنت بجهة التعصيب . انظر : المغني لابن قدامة (٤٧/٧) ، الشرح الكبير (٧٧/٧) .

(٩) قال السرخسي : « أما الرد على الواحدة فصورته فيما إذا مات وترك ابنة ولا عصبة له فالنصف لها بالفريضة والباقي رد عليها » انظر : المبسوط (١٩٦/٢٩) ، المغني لابن قدامة (٤٧/٧) ، الشرح الكبير (٧٧/٧) .

(١٠) في (ن) : [سوه] .

(١١) انظر : المغني لابن قدامة (٧٤/٧) ، الشرح الكبير (٧٧/٧) .

(١٢) سورة النساء : الآية ١٧٦ . الكلالة : ما خلا الوالد والولد . وفي الشرع : هو عبارة عما خلا عن الولد =

بيان الحكم [١] .

١٨٨٦٧ - قالوا : روى سعد بن سهل الساعدي [٢] قال : لاعن رسول الله ﷺ بين الرجل وزوجته وكانت حاملًا فأنكر حملها وكان يدعي وجوب السنة أن يرثها ويرث ما فرض الله لها [٣] .

١٨٨٦٨ - قالوا : والذى فرض الله لها الثلث والسدس .

١٨٨٦٩ - قلنا : الصحابة إذا قالت السنة احتمل سنة النبي ﷺ واحتمل سنة [ ] [٤] بعض الأئمة وخبر واثلة بيان استحقاقها لميراثه في قول رسول الله ﷺ فكان أولى .

١٨٨٧٠ - ولأنه قال : ترث منه ما فرض الله تعالى لها وقد فرض لها بكونها أمًّا الثلث وجعل لها الباقي [يرحمهما عندنا كل ذلك فرض الله تعالى وحكمه] .

١٨٨٧١ - قالوا : روي أنه ﷺ قال : إن الله تعالى أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث [٥] .

١٨٨٧٢ - قلنا : أعطاهم السهام المقدرة بالآية وأعطاهم بقية المال بالرحم] [٦] بقوله تعالى : ﴿ وَأُوْلُوا۟ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِى كِتَـٰبِ ٱللَّهِ ﴾ [٧]

١٨٨٧٣ - قالوا : ذو سهم لا تعصيب له فوجب ألا يزاد على فرضه كالزوج والزوجة [٨] .

١٨٨٧٤ - قلنا : الزوج ليس له جهة يستحق بها إلا الزوجية فلا [٩] يستحق بها بقية

= والوالد . انظر : أنيس الفقهاء ص٣٠٣ ، المبسوط (١٥١/٢٩) .

(١) انظر : المجموع للنووي (١١٤/١٦) .

(٢) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٣) ساقطة من (ص) رواه البخاري في صحيحه من طريق نافع عن ابن عمر (٢٠٣٦/٥) باب يلحق الولد بالملاعنة ورواه مسلم في صحيحه (١١٣٢/٢ ، ١١٣٣) كتاب اللعان .

(٤) بياض في (ص) .

(٥) رواه أبو داود في سننه من حديث أبي أمامة (٢٩٠/٣) باب في تضمين العارية باب ما جاء في الوصية للوارث ، وابن ماجه في سننه بنحوه (٩٠٥/٢) ، الترمذي في سننه (٣٧٧/٤) ، والسنن الكبرى (٢١٢/٦) انظر : المبسوط (١٩٤/٢٩) ، تبيين الحقائق (٢٤٧/٦) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٧) سورة الأحزاب : الآية ٦ .

(٨) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٤ ، المجموع للنووي (١١٤/١٦) .

(٩) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

المال ، وأما البنت فلها البنوة والرحم فإذا استحقت بكونها بنت نصفا جاز أن تستحق الباقي برحمهما عندنا (١) كما أن الأب مع البنت يستحق الفرض بالأبوة والباقي بالتعصيب (٢) كما يستحق الزوج إذا كان ابن عم أو مولى بقية المال بالتعصيب كذلك هاهنا .

١٨٨٧٥ - قلنا : [إنما لا يجوز] (٣) ترك الجواب عند السؤال إذا كان لا طريق إلى معرفة الحكم إلا ببيانه فأمَّا إذا كان للحكم طريق آخر فلا يمتنع أن لا يبين ويكله إلى الاجتهاد وإلى دليل العقل (٤) .

١٨٨٧٦ - ألا ترى أن عمر لما سأل النبي ﷺ عن الكلالة قال : يكفيك آية الصيف (٥) فلما لم يبين له مع السؤال ووكله إلى الاجتهاد (٦) .

١٨٨٧٧ - فإن قيل : الأب يستحق السدس بالولاء (٧) وهذا معنى غير الأبوة كالأم والجدة ويستحق الباقي بالأبوة والبنت ليس لها إلا معنى واحد (٨)

١٨٨٧٨ - قلنا : لا فرق بينهما لأن العم معنى شائع يتنوع بالبنوة والأخوة وهو موجود في جميعهم فلو كان الرحم هو الأبوة استحال أن يكون هو الأخوة وإذا كان معنى غيرها استحق بنفسه المال واستحق (٩) بالبنوة المقدرة .

١٨٨٧٩ - قالوا : المسلمون يعقلون عنه والفاضل من ذوي السهام لهم كالوارث (١٠) .

١٨٨٨٠ - قلنا : الميراث غير معتبر بالعقل بدلالة أنه يعقل عنه القريب والبعيد ويرثه

---

(١) ساقطة من (ص) .

(٢) قال السرخسي : « إن الرد يكون باعتبار الرحم ولهذا لا يرد على من لارحم له وهو الزوج والزوجة ثم قال : فكذلك أصحاب الفرائض فيما بقى يقدمون على بيت المال بالرحم » انظر : المبسوط (١٩٣/٢٩ ، ١٩٤) .

(٣) (م) ، (ن) ، (ع) : [إنما الأخوين] .

(٤) روي أن عمر لمَّا ألحَّ على رسول الله ﷺ في السؤال عنه وضع في صدره فقال : « أما يكفيك آية الصيف » وإنما أحاله على الآية ليجتهد في طلب معناها فينال ثواب المجتهدين . انظر : المبسوط (١٥١/٢٩) .

(٥) سبب تسميتها بذلك لأنها نزلت في الصيف انظر : المبسوط (١٥١/٢٩) .

(٦) انظر : المغني لابن قدامة (٤٧/٧) ، الشرح الكبير (٧٧/٧) ، كشاف القناع (٤٣٣/٤) .

(٧) الولاء : المحبة والصداقة ، القرب والقرابة والنصرة لملك ميراث يستحقه المرء بسبب عتق شخص في ملكه أو بسبب عقد الموالاة . انظر : المنجد في اللغة ص ٩١٩ .

(٨) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٤ .

(٩) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(١٠) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٤ .

القريب فيرثه الأب والابن فلا يدخلان في العقل عندهم [١] .

١٨٨٨١ - قالوا : [يَمُتُّ إلى الميتِ] [٢] بنسب واحد فلا يرث من وجهين العصبات [٣] .

١٨٨٨٢ - قلنا : يبطل بالأب مع الابن .

١٨٨٨٣ - فإن قالوا : للأب رحم وتعصيب [٤] .

١٨٨٨٤ - قلنا : وللبنت رحم وولاء [٥] .

١٨٨٨٥ - قالوا : القرابة تقدم في الإرث على المولى فلما قدم المولى على الإرث دل على أنه لا يستحق الفاضل [٦] .

١٨٨٨٦ - قلنا : المولى عصبة والرد يستحق بمجرد الرحم والتعصيب والسهام مقدم على الرحم كما تقدم المولى على بيت المال وإن كان يستحق الإرث عندهم .

* * *

(١) قال المرغيناني : « وأما الأباء والأبناء فقيل يدخلون لقربهم وقيل : لا يدخلون لأن الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد أكثر من ثلاثة أو أربعة وهذا المعنى يتحقق عند الكثرة والأباء والآبناء لا يكثرون » انظر : الهداية (٢٢٦/٤) .

(٢) ما بين المعكوفتين في (م) : [مت أتى البت] .

(٣) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٤ .

(٤) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٤ .

(٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [وولاد] .

(٦) انظر : المجموع (١١٣/١٦ ، ١١٤) .

حكم من مات ولا وارث له

١٨٨٨٧ - قال أصحابنا : من مات ولا [(١)] وارث له وضع ماله في بيت المال لا على الإرث ولكن لأنه لم يوجد له مستحق لعينه [(٢)] .

١٨٨٨٨ - وقال الشافعي : يوضع على وجه الإرث [(٣)] .

١٨٨٨٩ - لنا [(٤)] : أن الميراث يملك بدلالة أن من لم يصح تملكه لم يرث كالعبد [(٥)] والملك لا يثبت لمعين .

١٨٨٩٠ - ولأنه لو كان إرثًا لم يستوفه القريب والبعيد ولم يستوفه الذكر والأنثى بكل حال كميراث العصبات .

١٨٨٩١ - ولأن من لا يعرف له وارث معين لا يوضع ماله في بيت المال إرثًا كالذمي [(٦)] ؛ لأن التوارث لا يكون مع اختلاف الدين .

١٨٨٩٢ - احتجوا : بما روى المقدام بن معديكرب [(٧)] أن النبي ﷺ قال : « من ترك كلا فعليّ ومن ترك مالا فلورثته وأنا وارث من لا وارث له أعقل عنه وأرثه والخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه [(٨)] » .

---

(١) في (م) : [فلا] .

(٢) قال السرخسي في المبسوط : « ومال الميت الذي لا وارث له يصرف إلى بيت المال كالمسلم الذي لا وارث له إذا مات » . انظر : المبسوط (٣٣/٣٠) ، مجمع الأنهر (٧٤٨/٢) .

(٣) انظر : المهذب (٤٥٠/١) ، مغني المحتاج (٤/٣) ، الشرقاوي على التحرير (١٨٦/٢) ، الأنوار لأعمال الإبرار (٢/٢) .

(٤) والأسباب التي يحرم بها الميراث ثلاثة : [الرق واختلاف الدين ومباشرة القتل بغير حق] انظر : مجمع الأنهر (٧٤٨/٢) .

(٥) انظر : المبسوط (٣٣/٣٠) .

(٦) انظر : مغني المحتاج (٤/٣) .

(٧) هو : المقدام بن معد يكرب بن عمرو بن زيد ، صاحب رسول الله ﷺ وذكره ابن سعد في الطبقة الرابعة من أهل الشام ، روى عن النبي ﷺ وروى عنه : ابنه يحيى وابن ابنه صالح بن يحيى ويحيى بن جابر وغيرهم . انظر : تهذيب التهذيب (٢٨٧/١٠) ، سير أعلام النبلاء (٤٢٧/٣) ، أسد الغابة (٢٥٤/٥) الكاشف (١٥٢/٣) .

(٨) رواه أبو داود في سننه (٣٢٠/٣) باب ميراث ذوي الأرحام والترمذي في سننه (٣٦٧/٤) باب ما جاء في ميراث الخال والنسائي في السنن الكبرى (٥١٠/٨) ، وابن ماجه في سننه وهذا الحديث صححه ابن =

١٨٨٩٣ - قالوا : والنبي ﷺ لا يرث الأجانب فإنما أراد به يرثهم من بيت المال كذلك قوله [١] أعقل [٢] عنه معناه يعقل بيت المال وأضاف ذلك إلى نفسه ؛ لأنه يملك التصرف في بيت المال [٣] .

١٨٨٩٤ - والجواب : أن هذا الخبر قد طرقه الدارقطني وغيره فلا يذكر فيه الزيادة وقد اختلف في المقدام في الحال ففي بعض الأخبار فيعقل عنه وفي بعضها نقل غاية فدل على اختلاف الخبر [٤] .

١٨٨٩٥ - ولأنه متروك الظاهر ؛ لأن النبي ﷺ لا يرث بالإجماع فعندهم معتاد يرثه بيت المال وعندنا معناه يستحق أخذه كما يستحق أخذ الإرث .

١٨٨٩٦ - قالوا : في حمل العقل ورث كالعصبة [٥] .

١٨٨٩٧ - قلنا [٦] : العقل يتحمل بالنصرة والتوارث بالقرابة وهذا يستوي في العقل القريب والبعيد ويختص بالميراث من لا يعقل كالنساء والصبيان [٧] ويعقل عندنا من لا يرث وهم أهل الديوان فجرى اعتبار أحد الحكمين [٨] بالآخر ولأن العصبات لما ورثوا كان الميراث الأقرب فالأقرب [٩] ولما استوى في بيت المال القريب والبعيد علم أنه لا يوجد على وجه الإرث .

* * *

= حبان وحكى ابن أبي حاتم عن أبي زرعة أنه حديث حسن وأعله البيهقي بالاضطراب . انظر : تلخيص الحبير (٩٣/٣) ، تعليق المغني على الدارقطني (٨٦/٤) .

(١) ساقطة من (ص) .

(٢) العقل جمع عقول والمقصود أن يعقل الدية انظر : المنجد في اللغة والأعلام ص ٥٢٠ .

(٣) مغني المحتاج (٤/٣ ، ٥) .

(٤) رواه الدارقطني في سننه (٨٦/٤) كما ورد في سنن أبي داود أعقل عنه وأرثه رواه أبو داود في سننه (١٢٣/٣) ط دار الريان .

(٥) انظر : النكت ورقة ١٨٤ .

(٦) حاشية رد المحتار (٦٤٢/٦) .

(٧) المبسوط (٢٥/٢٧) ، حاشية رد المحتار (٦٤٠/٦) ، البناية (٤٥٦/١٢) .

(٨) انظر : اللباب (١٩٣/٤) .

(٩) انظر : النكت ورقة ١٩٣ .

مسألة ٩٤٧

حكم إذا قتل الصبي وارثه

١٨٨٩٨ – قال أصحابنا : إذا قتل الصبي وارثه لا يحرم من الميراث، وكذلك المجنون [١] .

١٨٨٩٩ – وقال الشافعي : لا يرثان [٢] .

١٨٩٠٠ – لنا : قوله تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ﴾ [٣] .

١٨٩٠١ – ولأن حرمان الإرث حكم يتعلق بقتل العمد فلا يتعلق بقتل الصبي كالمأثم والقود . [٤]

١٨٩٠٢ – ولأنه حكم يتعلق بالقتل على طريق الرد فلا يثبت في قتل الصبي والمجنون كالقصاص [٥] .

١٨٩٠٣ – ولأنه فعل من المجنون فلا يسقط حقه من الميراث كالإمساك ، ولأن حرمان الميراث يتعلق بالقتل على طريق العقوبة .

٢/أ ١٨٩٠٤ – الدليل : ما روى سيرين [٦] / عن عبيدة السلماني [٧] أنه قال : لا ميراث

---

(١) انظر : المبسوط (١٠٩/٢٧ ، ٤٨/٣٠) ، بدائع الصنائع (٢٣٤/٧) ، معين الحكام ص ٤٣٣ ، الاختيار ص ١٩٥ ، الوجيز في الميراث والوصية ص ٤٣ ، هذا هو الإسلام ص ٤٩ وذهب الإمام مالك إلى أن الصبي والمجنون إذا قتل مورثه عمدًا فإنه لا يرث وإن كان قتله خطأ يرث من مال المقتول ولا يرث من الدية . انظر : مواهب الجليل (٤٢٢/٦) ، بلغة السالك (٦٥٣/٣) ، وهو رواية عن أحمد انظر : المقنع (٤٦٠/٢) ، المغني (١٦٢/٧) ، الشرح الكبير (٢١٩/٦) .

(٢) انظر : الحاوي الكبير (١٥٤/١٠ ، ١٥٥) ، النكت ص ١٨٣ ، المهذب (٢٤/٢) ، المجموع (٦١/١٦) ، مغني المحتاج (٢٥/٣) ، نهاية المحتاج (٢٣/٥) . وبه قال أحمد في رواية له انظر : المقنع (٤٦١/٢) ، المغني (١٦٢/٧) ، الشرح الكبير (٢١٩/٧) .

(٣) سورة النساء : الآية ١١ .

(٤) انظر : المبسوط (٤٨/٣٠) .

(٥) انظر : المبسوط (٤٨/٣٠) ، بدائع الصنائع (٢٣٤/٧) ، الاختيار (١٩٥/٤) .

(٦) هو : محمد بن سيرين أبو بكر بن أبي عمرة البصري الأنصاري ، ثقة مأمونًا وفقيهًا كثير العلم ، روى عن أنس بن مالك وزيد بن ثابت وعائشة وغيرهم ، وروى عنه : الشعبي وابن عون ، ويونس ابن عبيد ، ومات سنة عشر ومائة . انظر : تهذيب التهذيب (٢١٤/٩) ، الكاشف (٤٦/٣) ، سير أعلام النبلاء (٦٣١/٢) .

(٧) هو : عبيدة بن عمرو السلماني بن ناجية بن مراد ، أسلم عام فتح مكة ، وكان ثبتًا في =

لقاتل بعد صاحب البقرة [١] ، وقد كان صاحب البقرة في بني إسرائيل قتل قتيله ثم ذهب وألقاه على باب قوم آخرين وطالب بدمه [٢] فحرم ميراثه فشرع ذلك من بعده فدل على أن ذلك عقوبة القاتل .

١٨٩٠٥ – لأن هذا حكم يثبت صيانة للنفوس فكان عقوبة كالقود ، ولأن ما يثبت على وجه التغليظ إذا تعلق بفعل هو معصية كان عقوبة كالحد [٣] ولا يقال لو كان عقوبة لم يتعلق بقتل الخطأ لأن الخطأ يجوز أن يتعلق به القود [٤] فلهذا قال الله تعالى : ﴿ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَآ إِن نَّسِينَآ أَوْ أَخْطَأْنَا ﴾ [٥] .

١٨٩٠٦ – ولأن الخاطئ يجوز أن يكون أظهر الخطأ وهو عامد فالحق بالعمد حسمًا لمادة القتل [٦] .

١٨٩٠٧ – فإن قيل : يجب أن يحل للخاطئ أخذ الميراث فيما بين الله تعالى وبينه [٧] .

١٨٩٠٨ – قلنا : إذا أسقطنا أرثه للتجويز لم يجز أن يأخذ ما حكم بأنه غير مستحق له فلزمه حكم السارق والغاصب وإذا ثبت أن حرمان الميراث عقوبة لم يثبت في حق الصبي والمجنون كسائر العقوبات [٨] .

١٨٩٠٩ – فإن قيل : لا يثبت في حق الصبي العقوبة البدنية ويجوز أن يثبت في حقه العقوبة المالية وهذا من عقوبات الأموال [٩]

= الحديث ، روي عن : علي ، وابن مسعود وغيرهم ، وروى عنه : النخعي ، والشعبي ، ومحمد بن سيرين وغيرهم . انظر : سير أعلام النبلاء (٤٠/٤) ، التاريخ الكبير (٨٢/٦) ، تهذيب التهذيب (٨٤/٧) النجوم الزاهرة (١٨٩/١) .

(١) رواه البيهقي في السنن الكبرى (٢٢٠/٦) ، وعبد الرزاق في مصنفه (٤٠٥/٩) ، وذكره الجصاص في أحكام القرآن (٣٦/١) .

(٢) في (ن) : [بدينة] .

(٣) في (ص) : [كالجد] .

(٤) انظر : المغني لابن قدامة (٣٥٧/٩) .

(٥) سورة البقرة : الآية ٢٨٦ .

(٦) انظر : المبسوط (٤٧/٣٠) .

(٧) انظر : الحاوي الكبير (١٥٥/١٠) .

(٨) أي لابد من اعتبار العقل والبلوغ ؛ لأن الجناية لا تتحق دونهما أي دون العقل والبلوغ ، وإنما خص المجنون والصبي لقوله ﷺ : « رفع القلم عن ثلاث ، عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل » والقطع جزاء الجناية فلا تثبت الجناية إلى المجنون والصبي والقطع عقوبة وهما ليسا من أهل العقوبة . انظر : البناية (٣٧٦/٦) ، شرح فتح القدير (١٢١/٥) .

(٩) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٣ .

١٨٩١٠ - قلنا : حقوق الأموال الواجبة على طريق العقوبة لا تلزم الصبي كالجزية[1] . احتجوا : بقوله ﷺ : « لا ميراث لقاتل ، وليس لقاتل شيء »[2] .

١٨٩١١ - والجواب : أن هذا زجر عن القتل والزجر لا يتناول الصبي والمجنون فلهذا لا يتناول عموم قوله النفس بالنفس[3] وقوله : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ فِي ٱلۡقَتۡلَىۖ ﴾[4] .

١٨٩١٢ - قالوا : قاتله فلا يرث كالعاقل البالغ[5]

١٨٩١٣ - قلنا : البالغ العاقل يجوز أن يتعلق بفعل القصاص والمأثم عنه فلم يتعلق به حرمان من الميراث وفعل الصبي ينفى ارتفاع المأثم عنه فلم يتعلق به حرمان الميراث .

١٨٩١٤ - فإن قال قائل : متهم في استعجال الميراث كالبالغ[6] ، وربما قالوا قتل[7] مضمون[8] .

١٨٩١٥ - قلنا : أما اعتبار التهمة استعجال[9] الإرث والأحكام التي موجبها[10] التهمة عقوبات على ما يتهم به والصبي العاقل لا يعاقب على أفعاله التي تحققت منه فالأولى أن لا يعاقب على ما يتهم فيه[11] ،

١٨٩١٦ - وقولهم : قتل مضمون لا يصح ؛ لأن أفعال الصبي يجوز أن توجب عليه الضمان ولا يجب أن تسقط حقوقه بفعله كما لو أعتق أو أقر بالعتق في مماليكه[12] أو أبرأ من دونه والمعنى في البالغ العاقل إن فعله إذا وقع على وجه العمد جاز أن يوجب القصاص ، وفعل الصبي إذا وقع عمدًا لم يجز أن يوجب القصاص فلم يوجب حرمان الميراث[13] .

---

(١) انظر : البناية (٦٧٢/٦) .

(٢) رواه أبو داود في سننه (١٨٨/٤) باب ديات الأعضاء ط دار الريان ، والدارمي في سننه (٤٧٩/٢) باب ميراث القاتل من طريق طاووس عن ابن عباس باب ميراث القاتل ، والدارقطني في سننه بنحوه (٩٥/٤ ، ٩٦) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٢٢٠/٦) من طريق عمرو بن شعيب وعبد الرزاق في مصنفه (٤٠٣/٩) باب ليس للقاتل ميراث . انظر : تلخيص الحبير (٩٨/٣) .

(٣) سورة المائدة : الآية ٤٥ .

(٤) سورة البقرة : الآية ١٧٨ .

(٥) انظر : الحاوي الكبير (١٥٥/١٠) ، النكت للشيرازي ورقة ١٨٣ .

(٦) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٣ .

(٧) في (م) : [قبل] .

(٨) انظر : النكت ورقة ١٨٣ .

(٩) في (م) : [استعمال] .

(١٠) في (ن) : [توجيها] .

(١١) انظر : الفتاوى الهندية (٤٤٤/٣) .

(١٢) انظر : بدائع الصنائع (٥٥/٤) ، شرح فتح القدير (٢٣٢/٤) ، المغني (٨٧/٥) .

(١٣) انظر : المبسوط (١٠٩/٢٧) ، بدائع الصنائع (٢٣٤/٧) .

القاتل بحق لا يحرم من الميراث

١٨٩١٧ - قال أصحابنا : القاتل بحق لا يحرم الميراث [١] .

١٨٩١٨ - واختلف أصحاب الشافعي على طريقتين فمنهم من قال : حرمان الميراث يتعلق بالقتل في جميع الأحوال [٢]

١٨٩١٩ - فقالوا : إذا قتله قصاصًا أو دفعًا عن نفسه لو قتل الإمام مورثه لأنه أقر بقصاص أو بزنا وهو محصن أو قتله في قطع الطريق لم يرثه هذا اختيار الأصطخري [٣] وقال المروزي [٤] كل قتل فيه تهمة لاستعجال الميراث يتعلق به حرمان الميراث [٥] .

١٨٩٢٠ - ولأن من لا يتهم قبل استعجال الميراث ورث منه مثل الحاكم إذا حكم بالردة أو بالإقرار بالزنا أو قتله في قطع الطريق [٦] فأما إذا قتله وليه فقتله لم يرث وكذلك إذا شهد عند الإمام شهود فقبل شهادتهم لم يرث لأنه متهم في التركة وكذلك إذا قتله دفاعًا عن نفسه أو قتله في الحرب وهو باغ [٧] .

---

(١) انظر : المبسوط (٤٨/٣٠) ، تبيين الحقائق (٢٤٠/٦) ، الأسئلة والأجوبة الفقهية صـ ٤٥٧ الوجيز في الميراث والوصية صـ ٤٣ ، وبه قال أصحاب الشافعي ومالك وأحمد . انظر : المهذب صـ ٢٤ ط دار الفكر ، المجموع (٦١/١٦) ، مغني المحتاج (٢٣/٣) مواهب الجليل (٤٢٢/٦) ، المغني لابن قدامة (١٦٢/٢٧) ، الشرح الكبير (٢١٩/٧) .

(٢) انظر : النكت ورقة ١٨٣ ، المهذب صـ ٢٤ ط دار الفكر ، المجموع (٦١/١٦) ، مغني المحتاج (٢٣/٣) ، نهاية المحتاج (٢٣/٥) .

(٣) هو : الحسن بن أحمد بن يزيد الأصطخرى ، روى عن ، سعد بن النصر ، وحنبل بن إسحاق وروى عنه الدارقطني ، وابن شاهين ، قال المروزى ، كان لا يفتي بحضرته إلا بإذنه ، انظر : الأنساب (/ ٢٨٦) ، تاريخ بغداد (٦٨/٧) ، النجوم الزاهرة (٢٦٧/٣) .

(٤) هو : إبراهيم بن أحمد المروزي أخذ الفقه عن ابن سريج وانتهت إليه رياسة العلم ببغداد قال العبادي : خرج من مجلسه إلى البلاد وخرج إلى مصر ومات بها شرح المختصر ، انظر : طبقات الشيرازي ١١٢، طبقات العبادي صـ ٦٨ طبقات الاسنوي (١٩٧/٢) .

(٥) انظر : المجموع (٦١/١٦) . (٦) انظر : النكت ورقة ١٨٣ .

(٧) قال في المجموع « ومنهم من قال : إن كان منهما كالمخطئ أو كان حاكمًا فقتله في الزنا بالبينة لم يرثه ؛ لأنه منهم في قتله لاستعجال الميراث ، ومنهم من قال لا يرث القاتل مجال » انظر المجموع (٦٠/١٦) .

١٨٩٢١ – وقال ابن سريج : كل قتل مضمون بالدية والكفارة تمنع الإرث وما ليس بمضمون لا يمنع الإرث [1]

١٨٩٢٢ – لنا : أنه حق ثبت له قتله فاستيفاؤه لا يحرمه الميراث كاستيفاء الدين ، ولأن الميراث حق ثبت بالموت فلا يسقطه القتل بحق كالوصية [2] ولأن أحكام القتل القصاص والمأثم والدية والكفارة [3] وهذه الأحكام كلها لا تتعلق بالقتل بحق فكذلك حرمان الميراث لما كان من أحكام القتل ، ولأنه فعل مباح فلا يتعلق به حرمان الميراث كسائر الأفعال المباحة [4] .

١٨٩٢٣ – ولأن حرمان الميراث يتعلق بالزجر على طريق الزجر عنه وهذا القتل لا يزجر [5] عنه ، ولهذا قد ادعى أصحابنا الإجماع في قتل العادل للباغي أنه لا يحرمه الميراث ؛ لأنه قتل مثولًا وقتل واجب [6] إلا أن أصحاب الشافعي ارتكبوا ذلك وخالفوا الإجماع [7] .

١٨٩٢٤ – احتجوا [8] : بقوله ﷺ « لا ميراث لقاتل » [9] وقوله « ليس لقاتل شيء » [10] .

١٨٩٢٥ – والجواب : أن هذا الخبر عن القتل فيختص بالقتل الممنوع منه فأما القتل الواجب فلا يسقط حق القاتل [11] .

١٨٩٢٦ – قالوا : لأنه قاتل فأشبه القاتل بغير حق [12] .

١٨٩٢٧ – قلنا : هناك تعلق بفعله أحكام القتل فتعلق به حرمان الإرث وهذا الفعل لا يتعلق ؟ أحكام القتل فلا يحرم الإرث .

١٨٩٢٨ – قالوا : متهم أن يكون اختيار تعجيل القصاص [13] .

١٨٩٢٩ – قلنا : التهمة إنما تكون فيما يمنع منه فأما ماله أن يفعله فلا يتهم والظاهر أن ذلك فعل بالحق الذي ثبت له [14] .

---

(١) انظر : المجموع (٦٠/١٦) .
(٢) انظر : المبسوط (١٧٧/٢٨) .
(٣) انظر : تبيين الحقائق (٢٤٠/٦) .
(٤) انظر : تبيين الحقائق (٢٤٠/٦) ، المبسوط (٤٨/٣٠) .
(٥) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٦) انظر : تبيين الحقائق (٢٤٠/٦) .
(٧) انظر : المجموع (٦٠/١٦) .
(٨) انظر : الحاوي الكبير (١٥٥/١٠) .
(٩ ، ١٠) سبق تخريجه .
(١١) انظر : المبسوط (٤٨/٢٨) ، تبيين الحقائق (٢٤٠/٦) .
(١٢) انظر : الحاوي الكبير (١٥٥/١٠) .
(١٣) انظر : النكت ورقة ١٨٣ .
(١٤) انظر : تبيين الحقائق (٢٤٠/٦) .

مسألة ٩٤٩

حافر البئر وواضع الحجر في الطريق لا يحرم من الميراث

١٨٩٣٠ - قال أصحابنا : حافر البئر وواضع الحجر لا يحرم من الميراث [١] .

١٨٩٣١ - وقال الشافعي : يحرم من الميراث [٢] .

١٨٩٣٢ - لنا : أنه لم يوقع فعل في المقتول ولا فيما اتصل به فصار كالآمر والممسك ولأنه غير متهم في ذلك لأنه لا يعلم هل وقع وليه أم لا وصار كما لو حفر في ملكه [٣] .

١٨٩٣٣ - ولأنه سبب لو حصل في ملكه لم يوجب حرمان الميراث كذلك إذا حصل في غير ملكه كما لو وضع حجرًا فنقلته الريح عن مكانه [٤] .

١٨٩٣٤ - ولأنه لا يسمى قاتلًا والدليل عليه أن القتل في اللغة إيقاع فعل في المقتول أو فيما اتصل به وهذا لا يوجد في الحافر ، ولأنه ولو كان قاتلًا استوى أن يكون الحفر في ملكه وفي غير ملكه كالرمى ولأنه قد يقع في البئر بعد موت الحافر ويستحيل أن يكون قاتلًا بعد موته . [٥] وكل فعل ليس بقتل لا يتعلق به حرمان الميراث بين الحرين المسلمين كالإمساك وليس هذا إثبات اسم بقياس [وإنما هو نفي اسم بقياس] [٦]

١٨٩٣٥ - احتجوا [٧] : بقوله ﷺ « لا ميراث لقاتل » [٨] .

١٨٩٣٦ - والجواب : أنا لا نسلم الإثم في حافر البئر على ما بيننا .

١٨٩٣٧ - قالوا : فعل يتعلق به ضمان النفس فتعلق به حرمان الميراث بين الحرين

---

(١) انظر : المبسوط (٤٧/٣٠) ، بدائع الصنائع (٢٣٩/٧) ، تبيين الحقائق (٢٤٠/٦) ، الهداية (١٥٩/٤) ، الاختيار (١٩٥/٤) ، الوجيز في الميراث والوصية ص ٤٣ ، والمسألة في اللباب (١٤٣/٣) . وبه قال مالك : انظر : حاشية الدسوقي (٤٨٦/٤) ، مواهب الجليل (٤٢٢/٦) .

(٢) وبه قال أحمد انظر : النكت ورقة ١٨٣ ، المهذب (٢٤/٢) ، المجموع (٦٠/١٦) ، مغني المحتاج (٢٥/٣) نهاية المحتاج (٢٨/٦) ، كشاف القناع (٤٩٢/٤) ، العدة ص ٣٣٤ .

(٣ ، ٤) انظر : المبسوط (٤٧/٢٩) . (٥) انظر : المبسوط (٤٨/٢٩) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٧) انظر : المهذب (٢٤/٢) ، المجموع (٦٠/١٦) ، مغني المحتاج (٢٥/٣) .

(٨) سبق تخريجه .

المسلمين كالإمساك ولأن ما تعلق بقتل الخطأ جاز أن يتعلق بحفر البئر ووضع الحجر كالدية [١] .

١٨٩٣٨ – قلنا : ضمان النفس لا يتعلق بها الحرمان والمعنى في المباشرة أنه يتهم فيها لجواز أن يكون قصد القتل وليس كذلك حفر البئر .

١٨٩٣٩ – لأنه لا يتهم فيه ولأن المباشرة يجوز أن يتعلق بها القصاص فجاز أن يتعلق بها حرمان الميراث والحفر لا يجوز أن يتعلق به قصاص فلا يتعلق به حرمان الميراث فصار كالأمر [٢] .

١٨٩٤٠ – وقولهم ما تعلق بقتل الخطأ جاز أن يتعلق بحفر البئر [لا يصح

١٨٩٤١ – لأن المباشرة إذا حصل سببها في ملكه تعلق به الضمان والحفر] [٣] إذا حصل في ملكه لم يوجب الضمان [٤] فأما ضمان الدية فيجوز أن يتعلق بما ليس بقتل بدلالة العقل فجاز أن يتعلق بحفر البئر وحرمان الميراث بين الحرين المسلمين لا يتعلق بغير الفعل فلم يتعلق بحفر البئر .

* * *

---

(١) النكت ورقة ١٨٣ ، المهذب (٢٤/٢) .

(٢) قال الكاساني : أن القتل تسبيبًا لا يساوى القتل مباشرة لأن القتل تسبيبًا قتل معنى لا صورة والقتل مباشرة قتل صورة ومعنى والجزاء قتل مباشرة . انظر : بدائع الصنائع (٢٣٩/٧) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٤) انظر : المبسوط (٤٧/٢٦ ، ٤٨) .

مسألة ٩٥٠

القربى من الجدات أولى بالسدس

١٨٩٤٢ - قال أصحابنا : القربى [1] من الجدات أولى بالسدس من البعدى .

١٨٩٤٣ - وقال الشافعي : إن كانت القربى من قبل الأم فهي أولى ، وإن كانت القربى من قبل الأب شاركتها البعدى من جهة الأم [2] .

١٨٩٤٤ - لنا : أنهما اشتركا في سهم واحد فالقربى أولى من البعدى كما لو كانت القربى من جهة الأم [3] ولأنها أم الأب أقوى من أم الأم لأنها تدلى بعصبة وترث الميت ويرث منها وأم الأم تدلي بذات سهم ولا يرث الميت منها مع وجود ذوي السهام والعصبات فإذا حجبت أم الأم أم الأب فلا تحجب أم الأب من بعد من جهة الأم أولى [4] .

١٨٩٤٥ - ولأنها ترث بالأمومة فلم تشاركها في سهمها من بعد أمومية [كما أن البنت لما ورثت بالبنوة لم يشاركها في سهمها من بعدت] [5] ثبوتها وهي بنت البنت [6] .

١٨٩٤٦ - فإن ألزموا على هذا أم الأب إذا كان ابنها حيًّا لم تحجب أم الأم مع قربها [7] .

١٨٩٤٧ - قلنا : ذكر أبو منصور السمرقندي عن أبي حنيفة [8] عن أبي يوسف أنه يحجبها فقلت له أليس [9] الأخوة يحجبون الأم ولا يرثون فرجع عن قوله .

---

(١) في (م) : [القرباء] .

(٢) وهو الأظهر عند الشافعية ، انظر : الحاوي الكبير (١٨١/١٠) ، النكت ورقة ١٨٥ ، المهذب ط دار الفكر ، المجموع للنووي (٨٧/١٦) ، مغني المحتاج (١٢/٣) ، نهاية المحتاج (١٣/٥) ، ١٤ وبه قال مالك ، بلغة السالك (٥٨٥/٣) ، المغني للباجي (٢٤٠/٦) .

(٣) انظر : المبسوط (١٦٧/٢٩) ، تبيين الحقائق (٣٣٣/٦) ، المغني لابن قدامة (٧ / ٥٧) ، الشرح الكبير (٤١/٧) .

(٤) قال السرخسي : « وإن كانت البعدى من قبل الأم والقربى من قبل الأب فهما سواء . انظر : المبسوط (١٦٨/٢٩) ، تبيين الحقائق (٣٣٣/٦) مجمع الأنهر (٧٦٠/٢) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٦) قال صاحب معين الحكام أولاهم بالميراث أقربهم فإن استووا في القرب فولد الوارث أولى وقال في التبيين والترجيح لقرب الدرجة . انظر : معين الحكام ص ٤٢٩ ، تبيين الحقائق (٢٤٣/٦) .

(٧) انظر : الحاوي الكبير (١٨١/١٠) ، النكت ورقة ١٨٥ ، المجموع للنووي (٧٥/١٦) .

(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [خيثمة] وما أثبتناه من (ص) .

(٩) في جميع النسخ [ليس] .

١٨٩٤٨ - احتجوا : بأن الجدة من قبل الأم تدلى بالأب والأب لا يحجب الجدة من قبل الأم فوجب أن لا تحجبها الجدة التي تدلى به ، وتحريره أن كل شخص لا يحجب شخصًا حجب إسقاط فمن يدلى به لا يحجبه حجب إسقاط كالأب لا يحجب الأم فالجدة التي تدلى به لا يحجبها والعم لا يسقط الأخ ولأن العم لا يحجبه (١) .

١٨٩٤٩ - والجواب : أن الأب لا يسقط بعد فرض الجدة وأمه تزاحمها وسقط حقها عن بعض الفرض والأخوة يحجبون الأم وأبوهم لا يحجبها .

١٨٩٥٠ - وقولهم : إنا قلنا حجب إسقاط وهذا حجب عن بعض الفرض ليس بصحيح لأن من يحجب عن بعض السهم ثبت له ما لم يثبت لمن يدلى به/ في المزاحمة وكذلك من يحجب عن جميعه يجوز أن يثبت له ما ثبت لمن يدلى به وذلك لأن الأب عصبة وأمه ذات سهم ويجوز أن يحجب ذوو (٢) السهم وإن كانت العصبة التي يدلى بها تحجبه (٣) .

١٨٩٥١ - ألا ترى أن البنات يحجبن بنات الأم وهن يدلين بالأب (٤) والأب لا يحجب في بنات الابن فيبطل ما قالوه (٥) .

١٨٩٥٢ - فأم الولد إذا كانت [.....] (٦) الآخر كافر [ ] (٧) بأمة قاتلة لأنه يحجب أم الأب إذا وجدت بنتها لا تحجبها وأم الأب تحجب أمها أم أم الأب وابنها الذي هو الجد لا يحجبها وكذلك في مسألتنا (٨) .

---

(١) الحاوي الكبير (١٨٠/١٠) وما بعدها . (٢) في (ن) : [ذو] .

(٣) قال السرخسي : « واختلفوا في الجدة التي من قبله قال علي وزيد ، وأبي بن كعب وسعد بن أبي وقاص ﷺ لا ترث أم الأب مع الأب شيئًا وهو اختيار الشعبي وطاووس وهو مذهب علمائنا . انظر : المبسوط (١٦٩/٢٩) .

(٤) قال الزيلعي في التبيين » واللاتي فرضتهم النصف والثلثان يصرن عصبة وهن أربع من النساء : البنات ، وبنات الابن ، والأخوات لأب وأم والأخوات لأب ومن ثم فإن البنت لأم لا نصيب لها مع البنات الصلبيات ولا مع بنات الابن » . انظر : تبيين الحقائق (٣٩/٦) .

(٥) أي أن فريضة الأب السدس لا ينقص عنه مع الولد أو ولد الابن لقوله تعالى ﴿ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُ وَلَدٌ ﴾ ومن ثم يجوز أن يحجب ذوو السهم حتى ولو كانت العصبة التي يدلى بها لا تحجبه قال السرخسي » كما في حق بنات الابن مع البنتين فانهن يحجبن بإيجاد السبب ولا يدلين إلى الميت بالبنات فكذلك الإدلاء وإن انفرد عنه إيجاد سبب يتعلق به حكم الحجب . انظر : المبسوط (١٨٦/٢٩) ، ١٧٠ ، تبيين الحقائق (٢٣٠/٦) . (٦ ، ٧) بياض في جميع النسخ .

(٨) قال بن قدامة : « أما إذا كانت إحدى الجدتين أم الأخرى فأجمع أهل العلم على أن الميراث للقربى وتسقط البعدى بها » . انظر : المغني لابن قدامة (٥٦/٧) .

مسألة ٩٥١

ميراث الجد مع الأخوة

١٨٩٥٣ - قال أبو حنيفة : الجد أولى بالميراث من الأخوة [١] .

١٨٩٥٤ - وقال أبو يوسف ومحمد يشاركونه ما لم تنقصه مقاسمة من الثلث فيه

١٨٩٥٥ - وبه قال الشافعي [٢] .

١٨٩٥٦ - لنا [٣] : قول الله تعالى ﴿ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٌ فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ ﴾ [٤] واسم الأب يتناول الجد بدليل قوله تعالى : ﴿ مِّلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَٰهِيمَ ﴾ [٥] وقال : ﴿ يَٰبَنِىٓ ءَادَمَ ﴾ [٦] .

١٨٩٥٧ - فإن قيل : هذا مجاز [٧] والحقيقة [٨] لا تتناول إلا الأب [٩] الأدنى فلهذا

---

(١) انظر : المبسوط (١٨٠/٢٩) ، تبيين الحقائق (٢٣٠/٦ ، ٢٣١) ، مجمع الأنهر (٧٥٣/٢) ، الاختيار ص ١٥٦ ، ١٧٤ . وهذا الرأي ذهب إليه أبو بكر الصديق ﷺ ومعه جمع من الصحابة منهم ابن عباس ، وعائشة أم المؤمنين ، وعبادة بن الصامت وبه قال جمع كثير من التابعين كعطاء ، وقتادة ، وطاووس ، والحسن البصري ، وسعيد بن جبير ، وابن سيرين وقال به بعض أصحاب الشافعي كالمزني وأبو ثور ، وابن شريح وهو المفتي به في مذهب الحنفية انظر : الحاوي الكبير للماوردي (١٩١/١٠) المجموع شرح المهذب (١١٦/١٦) الوجيز في الميراث والوصية ص ٧٩ والمسألة في اللباب (١٩٩/٤) .

(٢) انظر : الحاوي الكبير (١٩٣/١٠) ، المهذب (٣١/٢) ط دار الفكر ، المجموع للنووي (١١٦/١٦) ، مغني المحتاج (١٥/٣) ، نهاية المحتاج (١٦/٥) ، النكت للشيرازي ورقة ١٨٥ وبه قال المالكية انظر : جواهر الاكليل (٣٣٠/٢) ، حاشية الدسوقي (٤٦٢/٤ ، ٤٦٣) . وبه قال أحمد : انظر : المغني لابن قدامة (٦٨/٧) ، الشرح الكبير (١١/٧ ، ١٢) ، المقنع (٤٠٢/٢) ، كشاف القناع (٤٠٨/٤ ، ٤٠٩) ، شرح منتهى الإرادات (٥٨١/٢) .

(٣) انظر : المبسوط (١٨١/٢٩) ، تبيين الحقائق (٢٣٠/٦) .

(٤) سورة النساء : الآية ١١ .

(٥) سورة الحج : الآية ٧٨ .

(٦) سورة الأعراف : الآية ٣١ .

(٧) هو اللفظ المستعمل في غير ما وضع له لعلاقة بينهما وقرينة تمنع إرادة المعنى الحقيقي . انظر : أصول الفقه د / عبد الكريم زيدان ص ٣٧ .

(٨) هو اللفظ المستعمل فيما وضع له . انظر : أصول الفقه د / عبد الكريم زيدان ص ٣٨ .

(٩) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

يصحح أن ينتفي عنه الاسم فيقال : ليس بأب واسم الحقائق لا تنتفي عن مسمياتها [١] .

١٨٩٥٨ - قلنا [٢] : الأحكام التي ذكرها اللّٰه تعالى متعلقة بالآباء أراد بها الأجداد والآباء بدلالة قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾ [٣] وقوله ﴿ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ [٤] أَوْ ءَابَآئِهِنَّ ﴾ [٥] .

١٨٩٥٩ - فإذا كانت الأحكام المتعلقة باسم الآباء في الشرع يتناول الجميع حمل الميراث على ما استقر من خطاب الشرع [٦] .

١٨٩٦٠ - فإن قيل : لو صح هذا استحقت الجدة الثلث [٧] .

١٨٩٦١ - قلنا : كذلك نقول لولا قيام الدلالة .

١٨٩٦٢ - قالوا : روي عن أبي بكر أنه قال للجدة ما أجد لك في كتاب اللّٰه حقًّا [٨] ولو كانت الجدة أمًّا كان حقها في القرآن [٩] .

١٨٩٦٣ - قلنا : إنما أراد به ليس لها بكونها جده سهم والقرآن يقتضي استحقاقها بكونها أمًّا فالتمس لها سهما بكونها جدة فلما شهد المغيرة [١٠] بذلك لم يرجع إلى

---

(١) انظر : الحاوي الكبير (١٩٣/١٠) .

(٢) قال السرخسي « فالجد له من الولاية عند عدم الأب ما للأب حتى أو ولايته تعم المال والنفس جميعًا بخلاف الأخوة والخلافة في الإرث نوع ولاية وكذلك الجد في استحقاق النفقة مع اختلاف الدين بمنزلة الأب بخلاف الأخوة والنفقة صلة كالميراث » . انظر : المبسوط (١٨٢/٢٩) ، تبيين الحقائق (٢٣٨/٦) ، مجمع الأنهر (٧٥٣/٢) .

(٣) سورة النساء : الآية ٢٢ .

(٤) البعل جمع بعول وبعال بعولة : الزوج . انظر : المنجد في اللغة والأعلام ص ٤٢ .

(٥) سورة النور : الآية ٣١ .

(٦) مجمع الأنهر (٧٥١/٢) .

(٧) قال الماوردي في الحاوي : « وكما تستحق الجدة أما ولا تنطبق عليها أحكام الأم أي لا تأخذ الثلث كما تأخذ الأم إذًا فلا يسري عليها أحكام الأم في الميراث » . انظر : الحاوي للماوردي (١٩٣/١٠) .

(٨) رواه أبو داود في سننه باب ما جاء في ميراث الجد (٤١٦/٣) ، والترمذي بنحوه ٤ ص ٣٦٧ باب ما جاء في ميراث الجدة وابن ماجه في سننه (٩٠٩/٢ ، ٩١٠) ، والدارمي (٤٥٦/٢) باب قول أبي بكر الصديق والنسائي في السنن الكبرى (٧٥/٦) ، وابن أبي شيبة في مصنفه (٣٢٠/١١) ، وعبد الرزاق في مصنفه (٢٧٤/٩) ، وابن حبان في التقريب (٣٩١/١٣) ، مالك في الموطأ (٥١٣/٢) ، والحاكم في المستدرك .

(٩) انظر : المهذب للشيرازي (٤٨٩/٢) ، المجموع شرح المهذب (٧٥/١٦) .

(١٠) في (م) : [المعنى] .المغيرة بن شعبة بن أبي عامر يقال له : مغيرة الرأي ، كان من كبار الصحابة أولى الشجاعة والمكيدة ، شهد بيعة الرضوان ولّاه عمر بن الخطاب على البحرين وعزله . روي عن النبي ﷺ . مات سنة خمسين وله سبعون سنة . انظر : تهذيب سير أعلام النبلاء (٢١١/١) .

العموم مع عموم حقِّها بالاسم الخاص .

١٨٩٦٤ - ولأن اللّٰه تعالى ورث الأخوة والأخوات في الكلالة ، والكلالة من ليس له ولد ولا والد فلما لم يرث الأخوة للأم مع الجد دل [١] على أنه لا يرث معه الأخوة للأب والأم [٢] .

١٨٩٦٥ - ولأن تعصيب الجد يستفاد [بالولاء صار كالأب ولا يلزم به الاسم إذ كان مولى لأن تعصيبه مستفاد] [٣] بالعتق لا بالولادة .

١٨٩٦٦ - فإن قيل : المعنى في الأب أن الأخوة يدلون [٤] به ومن يدلى بعصبة لا يرث معه كما لا يرث الجد مع الأب [٥] وابن الابن مع الابن [٦] وابن الأخ مع الأخ [٧] وليس كذلك الجد الآخر ولا يدلون به وإنما هم في درجة واحدة وتعصيبهم بالبنوة ، لأنهم أولاد أبي الميت والجد [أبو الميت] [٨] والبنوة في هذه الدرجة على قوتها فإن تعصيب أخيه كالولد [٩] .

١٨٩٦٧ - قلنا : الأب لم يسقط الأخوة لأنهم يدلون به بدلالة [١٠] أنه يسقط الأخوة للأم وهم لا يدلون به وكذلك يسقط ولده لما سقط به ولد الأم وعليه الفرع يبطل فإن الجد وابن الأخ وأولاد الأخ لا يدلون به وقد ساواهم في الدرجة .

١٨٩٦٨ - لأن هذا ابن أبي الميت وذاك أبو أبي أم الميت واختيارهم بقوة تعصيبه بدلالة أن يعصب أخته غلط .

---

(١) انظر : المبسوط (١٥١/٢٩) .

(٢) أي أن الكلالة تطلق على الورثة ليس فيهم ولد ولا والد وهو ما ذهب إليه أهل الكوفة وأهل المدينة . انظر : المبسوط (١٥١/٢٩) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٤) الإدلاء إلى الميت : التوصل إليه ، يقال أدليت الدلو أي أرسلتها إليه . انظر : أنيس الفقهاء ص ٣٠٢ .

(٥) انظر : المجموع شرح المهذب (١٠٠/١٦) ، مغني المحتاج (١١/٣) ، ونهاية المحتاج (١٢/٥) .

(٦) انظر : مغني المحتاج (١١/٣) ، نهاية المحتاج (١٢/٥) .

(٧) انظر : مجموع شرح المهذب (١٠١/١٦) ، مغني المحتاج (١١/٣ ، ١٢) ، نهاية المحتاج (١٣/٥) .

(٨) في (ن) : [أبواب] .

(٩) أي أن الجد والأخ على منزلة واحدة من الميت لأن الجد أبو أبيه والأخ ابن أبيه ، والجد له تعصيب ورحم ، والأخ له تعصيب من غير رحم فلم يسقطه الجد كالابن والبنت إذا اجتمعا . انظر : المجموع شرح المهذب (١١٧/١٦) .

(١٠) ساقطة من (ن) .

١٨٩٦٩ - لأن الأخ يعصب أخته لقوتها في نفسها فلحقت به فأما أن تكون لقوة التعصيب فلا .

١٨٩٧٠ - ولأن الجد عصبته تلى في مال الصغير كنكاحه بغير كفاءة كالأب ولأنه يملك بيع ماله من نفسه كالأب [١] .

١٨٩٧١ - والدليل على أن الولادة مؤثرة في الإرث أن أهل الملتين لما ارتفعت الولاية بينهم لم يتوارثوا [٢] ؛ لأنهما تساويا في الإدلاء إلى الميت وفي التعصيب بقرابتهما وأحدهما لا يجرى بينه وبين الميت قصاص [٣] ولا يجب عليه الحد بوطء جاريته [٤] ويثبت الاستيلاد بوطء جاريته فصار في هذه الأحكام كالأب ولما أنتفت هذه الأحكام في الأخ جرى مجرى الأخ وابن العم [٥] .

١٨٩٧٢ - ولأن الانتساب يقع إليه كالأب الذي يقع الانتساب إليه [٦] ولا جاري في عمود النسب .

١٨٩٧٣ - لأن النسب إلى الأولاد والأخوة خارجون عن عمود النسب كالأعمام [٧] ولأنه عصبة يسقط ولد الأم كالابن [٨] .

١٨٩٧٤ - ولا يلزم بنت الابن ؛ لأنها ليست عصبته ولأنه يرث بالتعصيب تارة وبالسهم تارة أخرى كالأب [٩] .

---

(١) انظر : المبسوط (١٨٢/٢٩) ، تبيين الحقائق (٢٣٠/٦) يجاب عن ذلك بما ذكره الماوردي : « وأما استدلالهم بولاية الجد في المال والترويج فليس ذلك من دلائل القوة في الميراث ، ألا ترى أن الابن لا يلي ولا يزوج وهو أقوى من الأب » . انظر : الحاوي الكبير للماوردي (١٩٤/١٠) .

(٢) انظر : المبسوط (٣٠/٢٩) ، تبيين الحقائق (٢٣٩/٦) .

(٣) انظر : المبسوط (١٨٢/٢٩) ، المغني لابن قدامة (٦٥/٧) .

(٤) انظر : الاختيار (٢٧٥/٣) .

(٥) المبسوط (١٨٢/٢٩) تبيين الحقائق (٢٣٠/٦) .

(٦) قال السرخسي : « فإذا جعل هو في جميع الأحكام بمنزلة الأب فكذلك في حجب الإخوة . انظر : المبسوط (١٨٠/٢٩ ، ١٨٢) .

(٧) انظر : الاختيار (١٦٧/٤) وما بعدها .

(٨) أي أن الابن يحجب ولد الأم من الميراث فكذا الجد يحجب من الميراث . انظر : المبسوط ٢٩ ، ١٨٠ .

(٩) قال في التبيين : « والجد كالأب إن لم يتخلل في نسبته إلى الميت أم » أي أن الجد يأخذ حكم الأب من الإرث بالفرض والتعصيب » . انظر : تبيين الحقائق (٢٣٠/٦) .

١٨٩٧٥ - فإن قيل : هذا يدل على قوة تعصيبه الابن بالأمرين وهو أقوى من الأب [١] .

١٨٩٧٦ - قلنا : لم يستدل بها على قوة التعصيب وإنما استدللنا به على أن تعصيبه وتعصيب الابن سواء [٢] لأن ابن الابن يرث الجد بكونه ابنًا فيجب أن يرثه بكونه أبًا لأنه يستحيل أن يكون ابنا له ولا يكون هو أبوه [٣] .

١٨٩٧٧ - ولأن الجد يدلى بابنه والأخ يدلى بأبيه فصار كالعم ولأن الجد يدلى بابنه يجب [والأخ يدلي بابنه فلما اجتمع الأب والابن كان الابن أولى بالتعصيب كذلك من يدلي بالابن] [٤] أن يكون أولى من الأخ الذي يدلى بأبي الميت .

١٨٩٧٨ - فإن قيل : فيجب أن يكون الجد أولى بالتعصيب من ابن الابن [٥] .

١٨٩٧٩ - قلنا : ابن الابن وإن كان يدلى بأبيه فإنه يدلى أيضًا بابن الميت ، فلذلك لم يكن الجد أولى منه بالتعصيب والأخ لايدلى بابن نفسه ولا بابن الميت ولا يساوي من يدلى بابن على أي وجه كانت البنوة .

١٨٩٨٠ - ولأن الأخ يشارك أب الجد عند مخالفنا والجد يسقط أباه فوجب أن يسقط كل عصبة تجري مجرى ابنه [٦] .

١٨٩٨١ - ألا ترى أن الأب لما أسقط الجد أسقط كل عصبته أجرى مجراه كالأخوة [٧]

---

(١) قال الماوردي في الحاوي : « ثم لما كان المعنى في الابن أنه لما كان أقوى من الأب أسقط الأخوة المدلين بالأب فلما لم يكن الجد أقوى من الأب لم يسقط الأخوة المدلين بالأب » . انظر : الحاوي الكبير للماوردي (١٠/١٩٤) .

(٢) أي أن كل من الابن والجد عصبة بنفسه فيستويان في كونهما عصبة » . انظر : تبيين الحقائق (٦/٢٣٨) ، مجمع الأنهر (٢/٧٥٣ ، ٧٥٤) .

(٣) قال السرخسي : « فإذا كان في الموضع الذي كان الجد ميتًا يجعل ابن الابن قائمًا مقام الابن في حجب الأخوة من أي جانب كانوا وكان معنى القربى والاتصال في جانبه مرجحًا فكذلك إذا كان ابن ابن الميت ميتًا يكون الجد قائمًا مقام الأب في حجب جميع الأخوة ويكون اتصاله وقربه إلى الميت بالميت اتصالًا مرجحًا . انظر : المبسوط (٢٩/١٧٢) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٥) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٥ .

(٦) قال النووي في المجموع : « ولا يرث بنو الأخوة من الجد لأن الجد أقرب منهم فأسقطهم » . انظر : المجموع شرح المهذب (١٦/٩١) .

(٧) قال في مجمع الأنهر : « وأقربهم- أي أقرب العصبات- جزء الميت وهو الابن وابنه وإن سفل لدخوله في اسم الولد وغيرهم محجوبون بهم » . انظر : مجمع الأنهر (٢/٧٥٣) ، تبيين الحقائق (٦/٢٣٨) ، المغني لابن قدامة (٧/٢٠) ، الشرح الكبير (٧/٥٨) .

والابن لما أسقط [ابن نفسه] [١] أسقط كل عصبة تساوي ابنه وهو بنو أخته [٢] .

١٨٩٨٢ – ولأن العصبة إذا لم يساووا لم يفضل [٣] بعضهم على بعض فلما انفرد الجد بسهم لا يساوي فيه الأخوة دل على أنهم لا يتساوون [٤] ولأن كل ذكر تقدم [٥] الجد على ابنه تقدم عليه كابن العم فلما قدم الجد على ابن الأخ لذلك تقدم على الأخ يبين ذلك أن العصبات إذا تنوعوا فالنوع الأول يكون مقدمًا قرب أم بعد فلهذا تقدم ولد الأخ على العم كما يقدم أبوهم فلما قدم الجد على ولد الأخوة [ولأن الأخوة] [٦] لا يتساوو [٧] .

١٨٩٨٣ – ولأنهم اتفقوا في زوج وأم وجد وأخ أن الأخ يسقط فلو ساوى الأخ الجد في التعصيب لم يسقط معهم في هذه المسألة [٨] .

١٨٩٨٤ – فإن قيل : إنما يتساويان في التعصيب وقد سقط تعصيبهما هنا وإنما يستحق الجد بالفرض [٩]

١٨٩٨٥ – قلنا : غلط لأن الجد لا يستحق الفرض إلا مع الولد [١٠] كما لا يستحق الأب الفرض إلا مع الولد ويدل عليه قوله ﷺ : « ألحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت الفرائض فلأولى عصبة ذكر » [١١] فتعصيب الجد نوع غير تعصيب الأخ فيجب أن

---

(١) في (ن) : [بين نفسه] .

(٢) قال السرخسي : « ألا ترى أن من كان منهم ولد عصبة أو صاحب فرض فإنه يقدم على من ليس بعصبية ولا صاحب فرض وما كان ذلك إلا لاعتبار المدلى به » . انظر : المبسوط (٥٠/٣٠) .

(٣) في (م) : [يفصل] .

(٤) إذا اجتمع الجد والأخوة سوى البنات فإنه يوفر عليهم فرائضهم ثم ينظر إلى ما بقى فإن كان السدس يعطى للجد وإن كان أقل يكمل له السدس وإن كان أكثر من السدس ينظر للجد إلى المقاسمة وإلى سدس جميع المال فأيما كان خيرًا له ذلك والباقي للأخوة . انظر : المبسوط (١٨٤/٢٩) .

(٥) في (ن) : [يقدم] .

(٦) ما بين المعكوتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٧) قال في معين الحكام : « وأما العصبات فأقربهم الابن ، ثم ابن الابن وإن سفل ثم الأب ثم الجد إن علا ، ثم الأخ لأب وأم ثم الأخ لأب ، ثم ابن الأخ لأب كذا بنوهم وإن سفلوا ، ثم العم لأب وأم » . انظر : معين الحكام ص ٤٢٦ ، مجمع الأنهر (٧٥٣/٢) ، تبيين الحقائق (٢٣٨/٦) .

(٨) انظر : المبسوط (١٩٢/٢٩) . (٩) انظر : النكت ورقة ١٨٥ ، المجموع (١١٧/١٦) .

(١٠) أي أن بالولد يستحق الفريضة من له اسم الأبوة وبهذه الفريضة إنما يستحق السدس قال تعالى : ﴿ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ ﴾ . فلا ينقص نصيب الجد عن السدس . انظر : المبسوط (١٨١/٢٩) .

(١١) صحيح البخاري (١٨٨/٨ ، ١٨٩) باب ابن الابن ، باب ميراث الجد مع الأب ، صحيح مسلم =

يكون الفاضل لأولاهما .

١٨٩٨٦ - وقد أجمعوا أن الأخ ليس بأولى بالفاضل من الجد فلم يبق إلا تساويه أو يكون الجد أولى منه ولا يجوز أن يساويه [(١)] لأن عدد الإخوه إذا كثر لم يساويهم فانفرد بنصيب هو أوفر من نصيب أحدهم ويرث مع الولد دونهم وسقط ولد الأم ولا يسقطونه فدل على أنه أولى بالفاضل من الأخ [(٢)] .

١٨٩٨٧ - ولأن تعصيب الجد نوع مخالف لتعصيب الإخوة والميراث لا يشترك فيه عصبتان مختلفتان كما لا يشترك الأعمام والإخوة والموالي بسائر [(٣)] العصبات ولأنه عصبة يرث معه الأولاد كالأب [(٤)] ولأن الميراث إذا تعلق بجهة تعصيب لم

= فيما رواه ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ « ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقى فلأولى رجل ذكر » صحيح مسلم باب ألحقوا الفرائض بأهلها (١٢٣٣/٣) . (١) في (ن) : [بتساويه] .

(٢) قال السرخسي : « إن على قول زيد تعتبر المقاسمة خيرًا له من ثلث المال وعند علي تعتبر المقاسمة ما دامت خيرًا له من سدس المال وجه قوله : إن الجد إنما امتاز من الأخوة بمعنى الولاء واسم الأبوة وبهذا الاسم والمعنى يختص باستحقاق الفريضة وفريضة الأب بالنص السدس ﴿ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ ﴾ ثم الجد مع الأخوة بمنزلة الأب مع الأولاد لأن الأخ ولد ومن يدلي به الجد وهو الأب ثم فريضة الأب مع الولد السدس لا ينقص عنه فكذلك فريضة الجد مع الأخوة السدس لا ينقص عند ذلك بحال واعتبار العصبية لتوفر المنفعة عليه فإذا كانت الفريضة أنفع له قلنا بأنه يعطى فريضته وذلك السدس . انظر : المبسوط (١٨٩/٢٩) . يجاب عن ذلك أن كل شخصين إذا اجتمعا في درجة واحدة وكان أحدهما يجمع بين التعصيب والرحم والآخر ينفرد بالتعصيب دون الرحم كان المنفرد بالتعصيب أقوى كالابن إذا اجتمع مع الأب فلما كان الجد جامعًا للأمرين والأخ مختص بأحدهما وجب أن يكون أقوى لأن الجد والأخ كلاهما يدليان بالأب كالجد يقول أنا أبو الميت والأخ يقول أنا ابن الميت فصار الأخ أقوى من الجد لثلاثة معاني منها :

١- أن الأخ يدلى بالبنوة والجد يدلى بالأبوة والإدلاء بالبنوة أقوى .

٢- أن من يدليان به وهو الأب لو كان هو الميت لكان للجد من تركته السدس وخمسة أسداسها للابن .

٣- أن الأخ قد شارك الميت في الصلب وراكضه في الرحم وإذا كان الأخ أقوى من الجد بهذه المعاني الثلاثة كان أقل أحواله أن يكون مشاركًا له في ميراثه ثم يدل على ذلك ما جرى من الصحابة فيه ومنهم عمر بن الخطاب ، وزيد ، وعلي . انظر : الحاوي الكبير (١٩٢/١٠) .

(٣) قال الزيلعي في ترتيب العصبات : الأحق الابن ثم ابنه وإن سفل ، ثم الأب ثم أب الأب وإن علا ، ثم الأخ لأب وأم ثم الأخ لأب ، ثم ابن الأخ لأم ثم ابن الأخ لأب وإنما قدموا على الأعمام ؛ لأن الله تعالى جعل الإرث في الكلالة للإخوة عند عدم الولد والوالد بقوله تعالى : ﴿ وَهُوَ يَرِثُهَآ إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ ﴾ فعلم بذلك أنهم مقدمون على الأعمام إلى أن قال ثم المعتق . انظر : تبيين الحقائق (٢٣٨/٦ ، ٢٣٩) .

(٤) قال السرخسي : « وقال علي بن أبي طالب وزيد بن ثابت وعبد الله بن مسعود الجد يقوم مقام الأب في الإرث مع الأولاد » . انظر : المبسوط (١٨٠/٢٩ ، ١٨٩) . يجاب عن ذلك : أن الأب لا يحجب أولاد =

تشاركها [١] جهة أخرى وإنما ينتقل الإرث بانقطاع الجهة كالأولاد [٢] والأب يرثوا بالولاء [٣] فما دام جهة الولاء لا ينتقل الميراث إلى غيرها .

١٨٩٨٨ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ ﴾ [٤] .

١٨٩٨٩ – قالوا : وقربة الجد والأخ واحد لأنهما يدليان بالأب فيقدم ولد الأخ على ولد الجد [٥] وتراكض [٦] الأخوات في رحم واحد [٧] وخرجا من صلب [٨] .

١٨٩٩٠ – والجواب : أن الآية تقتضي استحقاق الأقرب للميراث والقرب قد يكون بالتساوي في الدرجة وقد يكون بقوة الجهة [٩] لدلالة أن الأخ للأب والأم في درجة الأخ للأب وهو أقرب لقوة في نفسه والجد أقرب عندنا من الأخ فهو أولى [١٠] .

١٨٩٩١ – فأما تراكضهما في رحم واحد وخروجهما من ظهر واحد فمزية الجد أولى .

١٨٩٩٢ – لأن الميت حرمه والتعصيب أكد من المشاركة بدلالة الأب [١١] وتقديم ولد الأخ على ولد الجد لا يدل على قرب الأخ لأنه لو كان كذلك لكان أولى بالميراث من الجد وهذا لا يقوله أحد .

= الميت ولأن يحجب أولاد الأب فلم يقمه الجد مقامه انظر : النكت ورقة ١٨٥ .

(١) في (م) : [يشاركها] .

(٢) قال السرخسي : « وإذا تفاوتا في الدرجة فمن يكون أمسهما قربًا أولى » . انظر : المبسوط (١٧٥/٢٩) ، مجمع الأنهر (٧٥٥/٢) .

(٣) في (م) : [بالأولاد] .

(٤) سورة النساء : الآية ٧ . انظر : الحاوي الكبير (١٩٢/١٠) ، المجموع (١١٦/١٦) ، المنتقى للباجي (٢٣٣/٦) .

(٥) انظر : كشاف القناع (٤١٨/٤) ، المقنع (٤٠٣/٢) .

(٦) تراكض القوم : ركضوا معًا والركضة والدفعة أركضت الحامل : ارتكض الجنين في بطنها فهي مركضة ومركض جمع مراكض . ومرتكض الماء : موضع مجمله . انظر : المنجد في اللغة والأعلام ص ٢٧٧ ، المعجم الوسيط (٣٠٧/١) ، لسان العرب (١٧١٩/٣) .

(٧) ساقطة من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٨) انظر : الحاوي الكبير في (١٠/ ١٩٢) .

(٩) انظر : المبسوط (١٣٩/٢٩) .

(١٠) قال الزيلعي : « والجد أب ألا ترى أنه يقوم مقامه في الولاية عند عدم الأب ويقدم على الإخوة فيه فكذا في الميراث . انظر : تبيين الحقائق (٢٣٨/٦) ، المبسوط (١٥٥/٢٩) . يجاب عن ذلك : أن كلًّا من الأخ والجد يدليان بالأب قال الماوردي : فكانوا بمقاسمة الجد أولى من سقوطهم له . انظر : الحاوي الكبير (١٩٢/١٠) .

(١١) قال الزيلعي : « والجد أب ألا ترى أنه يقوم مقامه في الولاية عند عدم الأب ويقدم على الإخوة فيه فكذا في الميراث » . انظر : تبيين الحقائق (٢٣٨/٦) ، المبسوط (١٨٨/٢٩) ، مجمع الأنهر (٧٥٣/٢) .

١٨٩٩٣ - قالوا : كل من أخته لم يسقط الجد كالابن وعكسه العم وابن العم [(١)] .

١٨٩٩٤ - قلنا : تعصيبه لأخته إنما هو لقوتها لا لقوته لأنها ورثت بمعنى لا يرث به وهو / الفرض وساوته في الرتبة فلحقت به والكلام في قوة تعصيبه [(٢)] .

١٨٩٩٥ - ولأن الجد لما لم يسقط جد الجد لم يسقط ولده فلما أسقط ولد الأخ ذكره على أنه يسقطه كما أنه لم يسقط ولد العم أسقط العم .

١٨٩٩٦ - قالوا : الأخت ترث نصف المال بالفرض فلم يسقطها الجد كالبنت [(٣)] .

١٨٩٩٧ - قلنا : الجد لا يسقط ولكنه في درجتها فلم يسقطها فيسقط ولد الأخ [(٤)] .

١٨٩٩٨ - ولأن الجد قرابته نوع غير قرابتها فلو لم يسقطها لم يعين فرضها كالعم[(٥)] وكما لا يعين الجد فرض البنت وإنما يرث الباقي بالتعصيب [(٦)] تعصيبًا .

١٨٩٩٩ - فلما قالوا : إن الجد عين فرضها علم أنها مخالفة للبنت التي لا يتعين فرضها الجدة

١٩٠٠٠ - قالوا : الإخوة كالأولاد لأن الواحد يرث جميع المال والآخر النصف والأختين الثلثين فإذا اجتمع الذكور والإناث اقتسموا للذكر مثل حظ الأنثيين [(٧)] .

١٩٠٠١ - ولأن الأخ يقول : أنا ابن أبي الميت والجد يقول : أنا [أبو الميت] [(٨)] فكان الأب كالأخ يدلي بالبنوة [(٩)] ، لأن الأخ ينفرد بالتعصيب المحض والجد يرث

---

(١) انظر : الحاوي الكبير جـ (١٩٢/١٠) .

(٢) قال السرخسي : « إن الباقي بعد نصيب الفريضة يستحقه العصبة بالنسب والأخ عصبة ، وأما الأخت فليست بعصبة في نفسها وإنما تعتبر عصبة بغيرها إذا كان ذلك الغير عصبة » . انظر : المبسوط (١٥٧/٢٩) .

(٣) انظر : النكت ورقة ١٨٥ ، المجمع (١١٧/١٦) .

(٤) قال السرخسي : « إن الجد لا يعصب من في درجته من الإناث كالجدة فكذا لا يعصب غيرها بمنزلة العم ، ولأن الأخت مع الجد بمنزلة الابن من الأب ثم الإبنة لا تصير عصبة بالأب فكذلك الأخت لا تصير عصبة بالجد انظر : المبسوط (١٨٨/٢٩) .

(٥) قال السرخسي : « إن الأنثى تصير عصبة عند اتحاد السبب فأما عند اختلاف السبب فلا ، فالسبب في حق الجد غير السبب في حق الأخت تصير عصبة به بخلاف الأخ » . انظر : المبسوط (١٨٧/٢٩) .

(٦) قال السرخسي : « إن الابنة صاحبة فرض فتكون كغيرها من أصحاب الفرائض والجد عصبة مع سائر أصحاب الفرائض ويقاسم الإخوة والأخوات ما بقي فكذلك مع الابنة . انظر : المبسوط (١٨٩/٢٩) .

(٧) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٥ .

(٨) في (م) : [أبواب] .

(٩) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٥ .

بالتعصيب تارة وبالسهم أخرى وهذا مخالف للابن [١] .

١٩٠٠٢ - والجواب : أن هذه الطريقة في الترجيح تقتضي تقدم الأخ على الجد وهو خلاف الإجماع [٢] . وطريق الاجتهاد إذا أدى إلى ما يخالف الإجماع [٣] دل على سقوطه .

١٩٠٠٣ - لأن الإجماع مقطوع بصحته وقولهم هذا هو القياس أو لإجماع الصحابة يرد لأصولهم لأن من مذهب الشافعي أن القياس الصحيح لا يختص فإذا لم يكن أجراه سقط ودلّ على فساده .

١٩٠٠٤ - فأما قولهم أن الأخ يدلي بالبنوة والجد بالأبوة [٤] فيبطل بأب الجد وابن الأخ لأنهما في درجة واحدة وابن الأخ يدلي بالبنوة [٥] والجد أولى منه وكذلك العم أبو الجد يدليان بالجد وأحدهما أبوه والآخر ابنه ثم الجد أولى من العم وإن كان يدلي بالبنوة .

١٩٠٠٥ - فأما قولهم أن الأخ يستحق بالتعصيب المحض والجد يستحق تارة بالسهم [٦] .

١٩٠٠٦ - فهذا لو دل على ضعف تعصيبه [يدل عليه نسب الأب وهذا لم يقوله أحد . ولأن الجد يستحق الثلث] [٧] ويحجب عنه فيستحق بالسهم والأخ يحجب عن التعصيب فلا يستحق شيئًا فدل على قوة سبب الجد [٨] .

١٩٠٠٧ - قالوا : الإخوة يجرون في الميراث مجرى الأولاد بدلالة تعصيب

---

(١) انظر : الحاوي الكبير (١٩٢/١٠) ، المجموع (١١٧/١٦) ، المغني لابن قدامة (٦٥/٧) ، الشرح الكبير (٩/٧) .

(٢) قال السرخسي : « جعل الجد كالأخ لأب وأم يؤدي إلى تفضيل الأخ لأب وأم على الجد وهذا ساقط بالإجماع فإن الجد لا ينقص نصيبه عن السدس بحال وقد ينقص نصيب الأخ عن السدس فكيف يجوز تفضيل الأخ على الجد في الميراث ؟ » . انظر : المبسوط (١٨٧/٢٩) .

(٣) في (ن) : [استماع] .

(٤) انظر : الحاوي الكبير (١٩٢/١٠) ، المجموع (١١٦/٩٦) .

(٥) انظر : تبيين الحقائق (٢٣٨/٦) ، مجمع الأنهر (٧٥٣/٢) ، الاختيار ص ١٦٤ .

(٦) انظر : النكت ورقة ١٨٥ ، الحاوي الكبير (١٩٢/١٠) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م ، ن ، ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٨) قال السرخسي : « إن استحقاق الجد باعتبار العصوبة فيعد أقوى سببًا من أولاد الأب . انظر : المبسوط (١٨٨/٢٩) .

الأخوات وانفراد الواحدة بالنصف ومن جرى في الميراث مجرى غيره ممن لا يسقط أحدهما لا يسقط الآخر إذا لم يكن يدليان به يدل عليه الجدتان لما أجرى مجرى واحد [لم يحجب] [١] أحدهما من لا يحجب الآخر إذا لم يدل بها [٢] .

١٩٠٠٨ - قلنا : لسنا نسلم أن الإخوة يجرون في الإرث مجرى الأولاد ولأن الولد لا يحجب والإخوة يحجبون [٣] والأولاد يسقطون تعصيب الأم والإخوة يسقطون به والولد الواحد يحجب الأم من الثلث إلى السدس ولا يحجبها الأخ الواحد وليس إذا جرى مجرى الولد من وجه كان في حكمه [٤] .

١٩٠٠٩ - لأن الجد يجرى مجرى الوالد في الإرث بالسهم تارة وبالتعصيب أخرى فليس له حكم الأب عند مخالفنا [٥] ثم هذا يبطل بنت الابن فإنها أجريت في الميراث مجرى البنت ويحجبها النقصان ولا يحجب البنات بعضهن بعضًا [٦] .

١٩٠١٠ - قالوا : الجد لا يحجب الأم إلى السدس فلم يسقط الأخ كالعم [٧] .

١٩٠١١ - قلنا : والأولاد أيضًا لا يحجبها إلى فرض الزوج [٨] مستحق ثم الأب

---

(١) في (ن) : [من يحجب الآخر] .

(٢) انظر : مغني المحتاج (١٦/٣) ، الشرح الكبير (٤٢/٧) ، المغني لابن قدامة (٥٤/٧) ، الحاوي للماوردي (١٩٢/١٠) .

(٣) قال في مجمع الأنهر : « وأقربهم - أي أقرب العصبات- جزء الميت وهو الابن وابنه وإن سفل لدخولهم في اسم الولد وغيرهم محجوب بهم لقوله تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ﴾ . انظر : مجمع الأنهر (٧٥٢/٢) ، الاختيار ص١٦٦ ، تبيين الحقائق (٢٣٨/٦) . يجاب عن ذلك أن البنتين أقوى حالًا من الإخوة بدليل أن الإخوة يسقطون بالبنتين ، ثم ثبت إن البنتين لا يسقطون انظر : المجموع للنووي (١١٨/١٦) .

(٤) انظر : تبيين الحقائق (٢٣١/٦) ، مجمع الأنهر (٧٥٠/٢) ، الاختيار ص ١٦٧ .

(٥) قال السرخسي : « جملة من يرث من الأولاد ستة نفر : الأب ، والجد لأب وإن علا ، والأم ، والجدة أم الأم أو أم الأب ، والزوجة ولا يرث غير هؤلاء مع الابن بالفريضة ، ولا يكون غير هؤلاء صاحب فرض .

(٦) أي أن للواحدة فصاعدًا من بنات الابن السدس مع الصلبية تكملة للثلثين ومن ثم فإن بنت البنت تحجب حجب نقصان من النصف إلى السدس مع وجود البنت الصلبية . انظر : تبيين الحقائق (٢٣٤/٦) ، مجمع الأنهر (٧٥٢/٢) ، الاختيار (١٥٧/٤) .

(٧) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٥ ، المجموع شرح المهذب ١٦ / ١١٧ .

(٨) أي أن الزوج لا يحجب حجب حرمان أبدًا وإن كان يحجب حجب نقصان قال في الاختيار : « ستة لا يحجبون أصلًا الأب ، الابن ، الزوج ، الأم ، البنت ، الزوجة » . انظر : الاختيار ص ١٦٦ .

والابن في درجة واحدة فتفاضلا في الإرث والجد والأم يتساويان في درجة واحدة لم يفضل عليها واستوفت سهمها [١] .

١٩٠١٢ - ولأن ابن الابن يقوم مقام الابن في الإرث [٢] ثم لا ينقص ابنته الصلب من النصف لأنه لم يساويها في درجتها [٣] وبنت الابن تقوم مقام البنت [٤] فلا تساوى [٥] البنت فلم ترث معها السدس لاختلاف الدرجة ، وكذلك الأم ولأن من يدلي بالأب يحجب الأم إلى السدس فجاز أن يحجبها الأب [٦] .

١٩٠١٣ - ومن يدلي بالجد لا يحجبها وهم الأعمام وكذلك [٧] الجد لا يردها إلى السدس [٨] .

١٩٠١٤ - قالوا : شخص [٩] يدلي بالأب فلم يحجب الأخوة كالجد [١٠] .

١٩٠١٥ - قلنا : لما لم يحجب أولاد الإخوة لم يحجب أباهم ولما حجب الجد أولاد الإخوة كذلك آباءهم [١١] .

١٩٠١٦ - قالوا : الأخ والجد عصبتان والجهة التي صار إليها عصبته واحدة فتساويا

---

(١) قال عبد الله بن عباس ﷺ في إحدى الروايتين عنه إذا تركت زوجًا وأمًا وجدًا فعنه في إحدى الروايات قال : النصف الباقي بين الأم والجد نصفان لأن الممتنع تفضيل الأنثى على الذكر بسبب الولاء فأما بعد التسوية بينهما غير ممتنع كما في حق الأبوين مع الابن يوضحه أن في جانب الجد فضيلة الأبوة والبعد بدرجة وفي جانبه الأم فضيلة القرب بدرجة ونقصان الأبوة فاستويا فيكون الباقي بينهما نصفان . انظر : المبسوط (١٩٠/١٩) .

(٢) انظر : المبسوط (١٧٤/٢٩) ، مجمع الأنهر (٧٤٩/٢) ، تبيين الحقائق (٢٣٤/٦) .

(٣) انظر : تبيين الحقائق (٢٣٤/٦ ، ٢٣٥) .

(٤) انظر : مجمع الأنهر (٧٥٠/٢) ، الاختيار ص (١٥٧/٤) .

(٥) في (م) : [يساوى] .

(٦) انظر : الاختيار ص (١٦٧/٤) ، مجمع الأنهر (٧٥٠/٢) ، تبيين الحقائق (٢٣١/٦) يجاب عن ذلك : أن الجد لا يحجب الأم عن الثلث و لم يسقط الأخ كالعم .

(٧) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٨) قال في الاختيار : « الأم ولها ثلاثة أحوال : السدس مع الولد وولد الابن واثنين من الأخوة والأخوات من أي جهة كانوا ، والثلث عند عدم هؤلاء » . انظر : الاختيار (١٥٩/٤) .

(٩) في (م) : [يتخص] .

(١٠) انظر : الحاوي الكبير للماوردي ١٠ ورقة ١٩٢ .

(١١) انظر : مجمع الأنهر (٧٥٣/٢) ، قال في باب الحجب : « ويقدم الأب والجد الصحيح وإن علا ثم جزء أبيه وهم الأخوين لأبوين أو لأب ثم بنوهم وإن سفلوا » .

وانفرد الأخ بأنه ركض مع أخته في رحم واحد فصار كالأخ للأب والأم مع الأخ للأب [١] .

١٩٠١٧ - قلنا : والجد قد انفرد عن الأخوة لمعنى أقوى من تراكضهما [٢] في رحم ولهذا قدم الأب على الأخ [٣] .

١٩٠١٨ - قالوا : قوة الفرع تدل على قوة الأصل وفرع الجد ابنه وهو العم وفرع الأخ ابنه ثم كان ابن الأخ أولى من العم فدل على أن أصله أولى [٤] .

١٩٠١٩ - قلنا : الجد فرعه الأب وهو أولى من الإخوة وأولادهم فدل في هذا الفرع على قوة أصله ويبطل ما قالوه ؛ لأن الجد أولى بالميراث من العم [٥] [وابن العم أولى بالميراث من عم الأب] [٦] وهو في غير ميراث الجد ولم تدل [٧] قوة الفرع على قوة أصله بإجماع كذلك في مسألتنا [٨] .

١٩٠٢٠ - قالوا : الأخ والجد يدليان بالأب ولو مات الأب كان أولاده أقوى في استحقاق ميراثه من أبيه فدل على أن أولادهم أقوى وكان أولى [٩] .

١٩٠٢١ - قلنا : يبطل بأن [١٠] الجد والعم يدليان بالجد ولو مات الجد كان العم أولى بالميراث ثم كان أب الجد أولى بميراث الميت من ابن الجد الذي [١١] هو العم .

١٩٠٢٢ - قالوا : الجد لا يحجب الولد ولا يصير الولد مسلمًا بإسلامه [١٢] .

١٩٠٢٣ - قلنا : هذه المعاني وإن يخالف فيها الأب لم يمنعه من الإرث من ولد الولد كذلك لا يمنعه من إسقاط الأخ ولأن النبي ﷺ جعل الولد يهوديًا بتهويد [١٣]

---

(١) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٥ .

(٢) تراكضها : أركضت الحامل ارتكض الجنين في بطنها فهي مركضة ومرتكض الماء موضع مجمعة ، وتراكض القوم : ركضوا معًا ، والركضة الحركة والدفعة . انظر : لسان العرب (١٧١٩/٣) ، المعجم الوسيط (٣٧٠/١) ، المنجد في اللغة والإعلام ص ٢٧٧ .

(٣) انظر : المبسوط (١٨٢/٢٩) .

(٤) انظر : الحاوي الكبير (١٩٢/١٠) .

(٥) انظر : المبسوط (١٧٤/٢٩) ، مجمع الأنهر (٧٥٣/٢) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٧) في (م) : [يدل] .

(٨) انظر : المبسوط (١٧٤/٢٩) .

(٩) انظر : الحاوي الكبير (١٩٣/١٠) .

(١٠) في (م) : [باب] .

(١١) ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(١٢) انظر : الحاوي (١٦٣/١٠) .

(١٣) في (م) : [شهد] .

الأب ، فلو صار مسلمًا بجده لم يتهود بأبيه [1] .

١٩٠٢٤ - وهذا خلاف النص وإنما لم يجز الولاء لأن الولاء كالنسب فيستحيل أن يثبت من أخذ ولم يرث من الأب الجد فلم يجز ولاءه ولما عتق بعتق الأب جاز أن يجري الولاء [2] .

* * *

(١) في (م) : [بابنه] .
(٢) انظر : المبسوط (٣٩/٣٠) ، الاختيار ٤ / ص ١٨٨ .

مال المرتد لورثته المسلمين

١٩٠٢٥ - قال أبو حنيفة : ما اكتسبه المرتد في حال إسلامه لورثته المسلمين وما اكتسبه في حال ردته فيء .

١٩٠٢٦ - وقال أبو يوسف ومحمد : جميع ذلك لورثته (١) .

١٩٠٢٧ - وقال الشافعي : جميعه فيء وهل يخمس ، فيه قولان (٢) .

١٩٠٢٨ - لنا : ما روى الأعمش عن أبي عمر الشيباني عن علي أنه جعل ميراث المرتد لورثته من المسلمين . وعن ابن مسعود أنه قال : ميراث المرتد لورثته ، وعن معاذ بن جبل أنه قال : يرث المسلم الكافر (٣) ، وعن زيد بن ثابت (٤) قال : أرسلني أبو بكر إلى أهل الردة لأقسم أموالهم بين ورثتهم المسلمين (٥) ولا يعرف لهؤلاء الجماعة مخالف (٦) .

١٩٠٢٩ - قالوا : روي أن معاوية (٧) كتب إلى زيد بن ثابت وابن عباس في ذلك

---

(١) انظر : المبسوط (١٠٠/١٠) ، (٣٧/٣٠) ، بدائع الصنائع (١٣٨/٧) ، حاشية رد المحتار على الدر المختار (٢٥٤/٤) ط دار الفكر ، البناية على الهداية (٧٠٦/٦) ، الفتاوى الهندية (٤٥٥/٦) ، مجمع الأنهر (٧٤٩/٢) ، معين الأحكام ص ٤٣٤ ، الهداية (١٦٥/٢) . وهو رواية عن أحمد انظر : المغني لابن قدامة (١٧٤/٧) ، الشرح الكبير (١٦٧/٧) المقنع (٤٥٠/٢) ، كشاف القناع (٤٧٨/٤) .

(٢) انظر : المجموع للنووي (٥٩/١٦) وبه قال مالك انظر : جوهر الإكليل (٣٣٨/٢) ، مواهب الجليل (٤٢٣/٦) ، حاشية الدسوقي (٤٨٦/٤) المنتقى (٢٥٠/٦) ، وبه قال أحمد في رواية عنه وهو الصحيح في المذهب عنه انظر : المقنع (٤٥٠/٢) ، كشاف القناع (٤٧٨/٤) ، الفروع (٥١/٥) .

(٣) رواد البيهقي في السنن الكبرى ٦ / ٢٥٤ ، صحيح مسلم بشرح النووي (١١ / ٥٣) . المبسوط (٣٠/٣٠) ، مجمع الأنهر (٧٤٨/٢) ، المغني لابن قدامة (١٦٦/٧) .

(٤) هو : زيد بن ثابت أبو سعد ، ويقال أبو خارجه الخزرجي البخاري المدني . شيخ المقرئين ، والفرضيين ، مفتي المدينة ، كاتب الوحي ، وكان من حملة الحجة ، أسلم وهو ابن إحدى عشرة سنة تعلم السريانية في سبعة عشر يومًا ، روى عن : النبي ﷺ وروى عنه : ابنه سليمان توفي : سنة خمس وأربعين عن ست وخمسين سنة . انظر : تهذيب سير أعلام النبلاء (١٧٥/١) ، سير أعلام النبلاء (٤٢٦/٢ ، ٤٤١) ، التاريخ (٣٨٠/٣) مؤسسة الكتب الثقافية بيروت ، طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٢٧ .

(٥) رواه البيهقي في السنن الكبرى (٢٢٢/٦) باب ميراث من علم موته .

(٦) انظر : المغني لابن قدامة (١٧٥/٧) ، الشرح الكبير (١٦٨/٧) ، الزركشي على مختصر الخرشي (٥٣٦/٤) .

(٧) هو معاوية بن أبي سفيان بن صخر بن حرب بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف بن قصي بن كلاب ، =

فقالا : « ماله لبيت المال » .

١٩٠٣٠ - قلنا : ذكر الطحاوي [١] أنه لم ينقل عن أحد من الصحابة في ذلك إلا ما روى عن علي وابن مسعود [٢] .

١٩٠٣١ - وذكر أصحابنا عن ابن عباس [٣] وزيد مثل قولنا [٤] ذلك ولم يذكر أهل الفرائض ما ذكروه في شيء من كتبهم .

١٩٠٣٢ - فلو ثبت ما قالوه حملناه على ما اكتسبه في حال ردته أو على ماله إذا تخبره .

١٩٠٣٣ - قالوا : روي عن محمد بن نصر المقدسي [٥] في فرائضه عن أبي إسحاق عن الحارث [٦] عن علي قال في مال المرتد إذا قتل على ردته إلى بيت المال [٧] .

= أمير المؤمنين ، وأمه هند بنت عتبه . قيل : إنه أسلم قبل أبيه لكن ما أظهر إسلامه إلا يوم الفتح دعا له النبي ﷺ فقال « اللّهم اجعله هاديًا مهديًا واهديه وبويع له بالخلافة من أهل الشام . روى عن : النبي ﷺ ، روى عنه : ابن عباس ، وسعيد بن المسيب ، وعروة بن الزبير ، وعبد اللّٰه بن عامر المقرئ وغيرهم . مات : في رجب سنة ستين هجرية . انظر : سير أعلام النبلاء (١١٩/٣) ، تاريخ بغداد (٢٠٧/١) ، أسد الغابة (٢٠٩/٥) تهذيب التهذيب (٢٠٧/١٠) ، الكاشف (٣١٨/٣) .

(١) انظر : السنن الكبرى للبيهقي (٢٥٤/٦) باب ميراث المرتد ، معرفة السنن والآثار للشافعي (٣١٢/٦ ، ٣١٣) : ط دار الكتب العلمية .

(٢) روي عن علي ﷺ أنه جعل ميراث المستورد العجلي لورثته من المسلمين ذكره الطحاوي في شرح معاني الآثار (٣/ ٢٦٦) .

(٣) روي عن ابن مسعود ﷺ أنه قال : « إذا مات المرتد ورثه ولده » وعنه أيضًا قال : « ميراثه لورثته من المسلمين » . انظر : شرح معاني الآثار للطحاوي (٢٦٦/٣) .

(٤) أخرجه البيهقي عن زيد بن ثابت في مال المرتد حيث أمره أبو بكر أن يقسمه بين ورثته المسلمين . انظر : السنن الكبرى للبيهقي (٢٢٢/٦) باب ميراث المرتد لمن هو .

(٥) هو : محمد بن نصر بن إبراهيم المقدسي الشافعي ولد عام ١٠٤ هـ روي عن عبد الرحمن بن الطير وابن سلوان المازني ، ومحمد بن عوف المزني وعنه الخطيب البغدادي ومحمد بن طاهر وغيرهم مات عام ٢٤٩ هـ ، انظر : النجوم الزاهرة (١٦٠/٥) ، السير للذهبي (١٣٦/١٩) .

(٦) في (ن) : [الحرث] . وهو : الحارث بن عبد اللّٰه الأعور الهمداني الحارفي أبو زهير الكوفي قال : عنه مسلم ابن الحجاج حدثنا قتيبة بن سعيد قال : حدثنا جرير عن المغيرة ، عن الشعبي قال : حدثني الحارث الأعور الهمداني وكان كذابًا ، وقال عنه يحيى بن معين أنه ضعيف . روى عن : ابن ثابت ، وعبد اللّٰه بن مسعود ، وعلي بن أبي طالب ، وبقيرة امرأه سلمان الفارسي ، روى عنه : أبو السفر سعيد بن يحمد الهمداني ، والضحاك بن مزاحم ، وعطاء بن أبي رباح ، مات : بالكوفة أيام عبد اللّٰه بن الزبير سنة خمس وستون ، انظر : تهذيب الكمال في أسماء الرجال (٢٤٤/٥) ، ميزان الاعتدال (٤٣٥/١) ، تهذيب التهذيب (١٤٥/٢) .

(٧) انظر : المجموع للنووي (٥٩/١٦) .

١٩٠٣٤ - قلنا : الحارث أنتم لا تقبلون أخباره ، وقصة على مشهورة [١] وما ذكرتموه لا يعرف ولو ثبت جمعنا بين الخبرين وحملنا ما نقلتموه على ما اكتسبه في حال الردة ، ولأن كل حر لا يرثه ورثته من الكفار يرثه ورثته من المسلمين كالمسلم [٢] .

١٩٠٣٥ - ولا يلزم ما اكتسبه في حال الردة ، لأن هذا التعليل للاستحقاق لالاعتبار المال المورث .

١٩٠٣٦ - ولأنه على حكم الإسلام بدلالة أن أولاده يجبرون على الإسلام [٣] .

١٩٠٣٧ - ولأن تصرف في الخمس [والخيارين] [٤] وعند مخالفنا يجب عليه الصلاة والزكاة [٥] ومن كان على حكم الإسلام ورثه ورثته المسلمون كالمجنون المسلم .

١٩٠٣٨ - ولأنه قتل استحق لنقص أدخله في دينه كالقتل بالزنا [٦] ولأنه أبطل تقويم دمه فوجب أن يورث كما لو قتل نفسه ولأنها معصية فلا تمنع الإرث عنه كسائر المعاصي [٧] .

١٩٠٣٩ - ولأن الردة معنى تبطل الأنكحة وتمنع من انعقادها كالموت [٨] .

١٩٠٤٠ - فإن قيل : المعنى فيما قستم عليه أنه يرث وكذلك يورث ولما كان المرتد لا يرث ولا يورث عنه [٩] .

١٩٠٤١ - قلنا : يبطل بالمعتق بصفة إذا كان المعتق معسرًا فاكتسب مالًا ومات فإنه يورث عنه ولو مات أقاربه لم يرث منهم عند الشافعي .

١٩٠٤٢ - احتجوا : بما روى أسامة بن زيد أنَّ النبي ﷺ قال : « لا يرث المسلم

---

(١) قصة على في المستورد العجلي وقد ارتد فعرض عليه الإسلام فأبى فقتله وجعل ميراثه بين ورثته المسلمين . انظر : السنن الكبرى للبيهقي (٢٥٤/٦) .

(٢) انظر : المبسوط (٣٧/٣٠) ، الوجيز في الميراث ص ٦٩ .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (١٣٩/٧) . (٤) هكذا في النسخ .

(٥) المجموع للنووي (٣٢٨/٥) ، النكت للشيرازي ورقة ٢٨٤ ، مغني المحتاج (٤٥٨/١) .

(٦) انظر : المبسوط (١٠٠/١٠) ، (٣٧/٣٠) .

(٧) انظر : المبسوط (١٠٤/١٠) ، بدائع الصنائع (١٣٨/٧) ، الشرح الكبير (١٦٨/٧) .

(٨) انظر : الحاوي الكبير (٢١٧/١٠) النكت للشيرازي ورقة ١٨٣ .

(٩) قال في الاختيار : « قوله عليه الصلاة والسلام : « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ، فلا يرث ولا يورث ولا يحجب ، فإن مات وترك وفاء أدى بدل الكتابة والباقي لورثته الاختيار (١٩٤/٤) .

الكافر ولا الكافر المسلم » .

١٩٠٤٣ - الجواب : أن هذا بعض الخبر وتمامه قوله ﷺ [لا يفارقه أصل الدين فلم يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم وبين ﷺ] (١) : أن الكفر الذي منع ميراث المسلم هو الكفر المضاف إلى ملة وذلك لا يكون إلا في الكافر الأصلي دون المرتد لا ملة له .

١٩٠٤٤ - فإن قيل : هذا إنما يقال في الخبرين إذا كان الراوي واحدًا فيكون الزائد أولى لأن الراوي الواحد أغفل الزيادة فإما إذا اختلف الراوي خبران/ الخبر الذي استدللنا به رواه أسامة بن زيد وما ذكرتموه رواه عبد الله بن عمر وعائشة .

١٩٠٤٥ - قلنا : بل روى ذلك أسامة ، وروى [مالك عن] (٢) الزهري عن على بن الحسين (٣) عن عمرو بن عثمان (٤) عن أسامة بن زيد قال : قال رسول الله ﷺ : « لا يرث المسلم الكافر » (٥) .

١٩٠٤٦ - وروى هشيم (٦) عن الزهري عن علي بن الحسين عن عمرو بن عثمان عن أسامة بن زيد قال : قال رسول الله ﷺ : « لا يتوارث أهل الملتين لا يرث المسلم

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٣) هو : علي بن الحسين بن الإمام علي بن أبي طالب بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف ، زين العابدين الهاشمي ، العلوي المدني . ولد في : الكوفة سنة ثمان وثلاثين . كان ثقة مأمونًا كثير الحديث ، ورعًا وكان له فضل في الدين وهو من التابعين . روى عن : أبيه الحسين الشهيد ، وعن جده مرسلًا ، وصفية أم المؤمنين ، وعبد الله بن عباس ، روى عنه : أولاده أبو جعفر ومحمد ، وعمر ، والزهري ، وعمرو بن دينار وغيرهم . توفي سنة أربع وتسعين وقيل : خمس وتسعين والأول أصح . انظر : سير أعلام النبلاء (٣٨٦/٤) ، طبقات الشيرازي ص ٦٣ ، حلية الأولياء (١٣٣/٣) ، وفيات الأعيان (٢٦٦/٣) .

(٤) هو : عمرو بن عثمان بن عفان بن أبي العاص بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف بن قصي زوَّجه معاوية ابنته لما ولي الخلافة وروى عن سعيد المقبري قال : رأيت أبناء صحابة رسول الله ﷺ يصبغون بالسواد منهم عمرو بن عثمان وهو ثقة ليس بالمكثر . روى عن أبيه ، وأسامة بن زيد ، روى عنه : سعيد بن المسيب ، وعلى ابن الحسين ، وأبو الزناد وآخرون انظر : سير أعلام النبلاء (٥٣٥/٤) ، الكاشف (٢٩٠/٢) ، طبقات بن سعد (١٠٥/٥) تهذيب التهذيب (٨٧/٨) .

(٥) رواه النسائي في السنن الكبرى (٨١/٤) .

(٦) في (ص) ، (م) : [هشام] . هو : هشيم بن بشير بن أبي حازم ، واسم أبي حازم قاسم بن دينار ، الإمام شيخ الإسلام محدث بغداد ، وحافظها أبو معاوية السلمي مولاهم الواسطي . ولد سنة أربع ومائة . سكن بغداد ، ونشر العلم بها وصنف التصنيفات ، إمام ثقة مدلس . روى عن : عمرو ويثار ، وأبي الزبير . روى عنه : أحمد ، وابن معين ، وهناد . توفي : سنة ثلاث وثمانين ومائة . انظر : تهذيب سير أعلام النبلاء (١٤٦/٢) ، تهذيب التهذيب (٥٩/١١) الكاشف (١٩٨/٣) .

الكافر ولا الكافر المسلم » [١] والراوي واحد وأصل الخبر ما ذكرنا من الزيادة والخبر الآخر أغفل أحد الرواة بعضه فكان الرجوع إلى الزائد أولى فإذا وافق أحد الطريقين رواية عائشة وابن عمر علم أنه الأصل [٢] .

١٩٠٤٧ - قالوا : الراوي قد ينقل الخبر بالمعنى فيجوز أنه سمع « لا يرث الكافر المسلم » فيروى لا يتوارث أهل الملتين ؛ لأنه بعض معنى ما يسمع ، ولأنه يجوز أن يسمع لا يتوارث أهل الملتين فروى لا يرث المسلم الكافر لأنه أكثر مما سمع [٣] .

١٩٠٤٨ - قلنا : الظاهر أنه لم ينقل بالمعنى إنما نقل ما سمع ولكن الراوي عنه أغفل بعض اللفظ ، وجواب آخر أن ردة المسلم عندنا كموته [٤] ولهذا يبطل نكاحه [٥] ولا ينعقد له نكاح [٦] وتزول [٧] أملاكه ويبطل تقويم دمه [٨] فلا يجب بقطع أعضائه أرش [٩] فإذا مات على ردته حكمنا بانتقال ميراثه في آخر إسلامه إلى ورثته ويرث المسلم من المسلم فأما أن يرث كافرا فلا [١٠] .

١٩٠٤٩ - فإن قيل : هو في آخر أجزاء [١١] إسلامه فكيف يورث الحر [١٢] .

١٩٠٥٠ - قلنا : هو في حكم الميت وإذا تحقق هذا الحكم بقتله أو موته نقلنا المال عند الموت بذلك السبب السابق كما ترث المبتوتة [١٣] في المرض عند الموت من آخر جزء من

---

(١) رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٢٦٦/٣) بلفظه باب ميراث المرتد لمن هو ؟ ، وذكر الشافعي أن هشيمًا لم يسمع من الزهري فقد حكم الحفاظ بكونه غلطًا انظر : معرفة السنن والآثار (٧٠/٥) دار الكتب العلمية .

(٢) في (م) : [الآخر] .

(٣) انظر : الحاوي الكبير (٢١٦/١٠) .

(٤) قال المرغيناني في الهداية : « ولا يبطل استحقاقه بموته بل يخلفه وارثه ، لأن الردة بمنزلة الموت » انظر : الهداية (١٦٦/٢) ، بدائع الصنائع (١٣٨/٧) ، المبسوط (١٠٢/١٠) .

(٥) انظر : المبسوط (٣٧/٣٠) .

(٦) انظر : الهداية (١٦٧/٢) ، المغني لابن قدامة (١٧٥/٧) الشرح الكبير (١٦٦/٧) .

(٧) في (ن) : [يزول] .

(٨) انظر : الشرح الكبير (١٦٧/٧) .

(٩) قال المرغيناني في الهداية : « إذا قطعت يد المسلم عمدًا فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك أو لحق بدار الحرب ثم جاء مسلمًا فمات من ذلك فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة ، أما الأول فلأن السراية حلت محلًا غير معصوم بخلاف ما إذا قطعت يد المرتد ثم أسلم فمات من ذلك لأن الإهدار لا يلحقه الاعتبار » انظر : الهداية (١٦٩/٢) .

(١٠) انظر : المبسوط (٣٠/٣٠) .

(١١) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٤ .

(١٢) انظر : الحاوي (٢١٧/١٠) .

(١٣) في (ن) : [المنسوبة] .

أجزاء النكاح (١) وكذا يحكم بقتل المؤمن عند وقوع السهم به في الزمن السابق (٢) .

١٩٠٥١ - فإن قيل : عند أبي حنيفة إذا انقضت عدة امرأة المرتد قبل موته لم ترث (٣) ولو مات أحد ابنيه وترك ابنا ثم قتل لم يرث ابن الابن مع الابن ولو انتقل الإرث قبل الردة ورثت الزوجة وابن الابن (٤) .

١٩٠٥٢ - قلنا : روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أن امرأة المرتد ترث وإن انقضت عدتها وأن المعتبر من كان وارثًا عند ردته فعلى هذه الرواية سقط السؤال (٥) .

١٩٠٥٣ - قالوا (٦) : روي عن البراء بن عازب (٧) قال : لقيتُ خالي ومعه الدابة فقلت : إلى أين تريد فقال : بعثني رسول الله ﷺ إلى رجل أعرس بإمرأة ابنه أن أضرب عنقه وأخمس ماله (٨) .

١٩٠٥٤ - قالوا : وأخذ المال بنكاح امرأة الأب إنما يكون إذا استحل ذلك ومن استحله كان مرتدا فدل على أن مال المرتد فيء (٩) .

١٩٠٥٥ - قلنا : يحتمل أن يكون فعل ذلك وامتنع حارب فصار حربيًا بذلك فعاد

---

(١) انظر : الهداية (٣/٢) . (٢) انظر : الهداية (١٧٥/٤) .

(٣) في (م) : [يرث] ، انظر : المجموع للنووي (٦٤/١٦) .

(٤) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٤ .

(٥) انظر : المبسوط (١٠٣/١٠) ، البناية على الهداية (٧٠٨/٦) .

(٦) انظر : الحاوي الكبير (٢١٧/١٠) .

(٧) هو : البراء بن عازب بن حارث بن عدي بن حشم بن مجدعة بن حارثة بن الحارث بن الخزرج الأنصاري الحارثي المدني ، وكنيته أبا عمارة وقيل : أبا الطفيل كان من أعيان الصحابة وقيل أن أول غزوة غزاها هي غزوة الخندق . روى عن : النبي ﷺ ، وأبي بكر الصديق ، وخاله أبو بردة ابن دينار . روى عنه : يزيد بن عبد الله الخطمي ، وعدي بن ثابت ، وأبو إسحاق وغيرهم . توفي : في زمن مصعب بن عمير قيل سنة اثنتين وسبعين وقيل إحدى وسبعين انظر : طبقات بن سعد (١٧/٦) ، التاريخ الكبير (١١٧/٢) ، الجرح والتعديل (٣٩٩/٢) ، الاستيعاب (١٥٥/٢) .

(٨) رواه البيهقي في السنن الكبرى (٢٥٣/٦) ، وأحمد في مسنده (٢٩٢/٤) ، ومعرفة السنن والآثار للشافعي (٣١٣/٦) ط . دار الكتب العلمية .

(٩) انظر : الحاوي الكبير للماوردي ١٠ ورقة ٢١٧ ، يجاب عن ذلك بما رواه الحاكم في المستدرك بلفظ : « وآخذ ماله » وأخذه المال إنما ليوزعه على ورثته كما فعل زيد بن ثابت في حرب المرتدين حيث قسم مال المرتدين بين ورثتهم المسلمين علاوة على ذلك : أنَّ الحديث استدلوا به ضعف ففي سند هذا الحديث خالد بن أبي كريمة وهو ضعيف ، انظر : السنن الكبرى للبيهقي (٢٩٥/٦) .

بذلك إلى حكم أهل الحرب يبين ذلك أن الرواية إنما يحتاج إليها للمحاربة لا في إقامة الحد ، وقد روي عن البراء قال : مرَّبي عمي الحارث بن عمرو [(١)] ومعه لواء قد عقده له النبي ﷺ فجاء إلى ماء ومعه خيل فلما رآه أهل الماء اهموا إليَّ فدخل خبًّا فأخرج رجلًا وضرب عنقه » [(٢)] والخيل يحتاج إليها في الممتنع ولهذا خمس رسول الله ﷺ ؛ في المال ؛ لأنه عاد إلى حكم مال أهل الحرب .

١٩٠٥٦ - قالوا : المرتد لا يرث بحال ولا يورث كالمكاتب [(٣)] .

١٩٠٥٧ - قلنا : [(٤)] المرتد عندنا في حكم الميت والميت لا يرث ولا يورث ولأن المكاتب ليس له ملك ولا مورث عنه كالمسلم والذمي [(٥)] .

١٩٠٥٨ - قالوا : مال مشرك ولا يرثه المسلم عنه كالكافر الأصلي [(٦)] .

١٩٠٥٩ - قلنا : الملك يزول بالردة فهو مال مسلم عندنا [(٧)] والمعنى في الكافر الأصلي أنه لما ترك [(٨)] ماله وورثه الكفار لم يرثه المسلمون من أهل الميراث [(٩)] ولما كان المرتد حرًّا لا يرث منه ورثته الكفار ورثه المسلمون من ورثته [(١٠)] .

١٩٠٦٠ - قالوا : [(١١)] من لا يرث عنه المسلم ماله الذي اكتسبه في حال ردته لم يرث عنه ماله الذي اكتسبه في حال إباحة [(١٢)] حقن دمه كما لو نقض الذمي عهده ولحق بدار الحرب وعكسه الزاني المحصن .

---

(١) هو : الحارث بن عمرو الأنصاري ، عم البراء بن عازب ويقال خاله . صحابي له حديث واحد . روى عن : النبي ﷺ . روى عنه : البراء بن عازب . انظر : تهذيب الكمال في أسماء الرجال (٢٦٤/٥) ، أسد الغابة (٤٠٦/١) ، الكاشف (١٣٩/١) ، تهذيب التهذيب (١٥١/٢) .

(٢) رواه ابن ماجه في سننه (٨٦٩/٢) باب من تزوج امرأة أبيه . أخرجه النسائي في السنن الكبرى (١٩٥/٤ ، ١٩٦) ، وأحمد في مسنده (٢٩٢/٤) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٢٣٧/٨) ، والطحاوي في شرح معاني الآثار (١٤٩/٣) .

(٣) انظر : الحاوي الكبير (٢١٧/١٠) ، النكت للشيرازي ورقة ١٨٣ .

(٤) انظر : الهداية (١٦٦/٢) .

(٥) انظر : المبسوط (٣٣/٣٠) ، الاختيار ص ١٩٤ .

(٦) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٤ .

(٧) انظر : المبسوط (٣٠/٣٠) .

(٨) في (ن) : [تربه] .

(٩) انظر : الوجيز في الميراث ص ٩ .

(١٠) انظر : شرح معاني الآثار (٢٦٨/٣) .

(١١) انظر : الحاوي الكبير ١٠ ورقة ٢١٧ ، النكت للشيرازي ورقة ١٨٤ .

(١٢) ساقطة من (م) .

١٩٠٦١ - قلنا : إباحة الدم توجب تعلق حق المسلمين باكتسابه فيمنع ذلك من انتقال الملك إلى الورثة كما يمنع الدين من انتقال الملك [١] وما اكتسبه في حال حقن دمه ولم يتعلق به حق أحد فكان مورثًا وكذلك الذي ما اكتسبه في حال إباحة دمه يتعلق به حق الفيء فلم يورث وما اكتسبه في حال حقن دمه كان موروثًا عنه فلا فرق بينهما [٢] وأما الزاني فما يكتسبه لورثته لأنه محقون الدم بدلالة أن القصاص يجب على قاتله فليس إذا وجب قتله يقتضي ذلك إباحة الدم [٣] .

١٩٠٦٢ - قالوا : مازال ملكه فإذا مات على الزوال وجب أن لا يورث عنه قياسا على ما باعه من ماله .

١٩٠٦٣ - قلنا : زوال الملك في البيع أوجب انتقال الملك إلى المشتري فلم يورث عن البائع [٤] والردة أوجبت إزالة الملك حكمًا وتصير [٥] النفس غير مقومة ويزول الملك عن البضع ولا يصح استثناء نكاح فلذلك وجب أن يزول الملك إلى الورثة [٦] .

١٩٠٦٤ - قالوا : ما لو عاد المرتد إلى دار الإسلام كان أحق به فوجب أن تقول فيها بقوله قياسًا على ما اكتسبه في حال ردته [٧] .

١٩٠٦٥ - قلنا : ما اكتسبه في حال إباحة الدم فهو كاكتساب الحربي فيجوز أن يتعلق الفيء [٨] به ، وما اكتسبه حال الإسلام اكتسبه في حال حظر دمه فإذا زال ملكه عنه حكمًا مع بقاء المال زال إلى ورثته كما لو زال بموته والله أعلم بالصواب .

* * *

---

(١) انظر : الهداية : (١٦٧/٢) .

(٢) قال الطحاوي : « إنا قد رأيناهم قد أجمعوا أن المرتد قبل ردته محظور دمه وماله ، ثم إذا ارتد فالكل قد أجمعوا أن الحظر المتقدم قد ارتفع عن دمه وصار دمه مباحًا وماله محظور في حالة الردة بالحظر المتقدم وقد رأينا الحربيين حكم دمائهم وأموالهم سواء قتلوا أو لم يقتلوا فلم يكن الذي يحل به أموالهم هو القتل ، بل كان الكفر ، وكان المرتد لا يحل ماله بكفره فلما ثبت أن ماله لا يحل بكفره ثبت أنه لا يحل بقتله انظر : شرح معاني الآثار (٢٦٧/٣) .

(٣) انظر : المبسوط (٦٠/٩) ، البناية على الهداية (١٠٩/١٢) .

(٤) انظر : اللباب شرح الكتاب (١١/٢ ، ١٢) . (٥) في (م) [ويصير] .

(٦) انظر : المبسوط (١٠٤/١٠) ، الهداية (١٦٥/٢) .

(٧) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٣ .

(٨) انظر : تبيين الحقائق (٢٤٠/٦) ، مجمع الأنهر (٧٤٨/٢) ، الهداية (١٦٦/٢) .

مسألة (١) ٩٥٣ [الجزء الثالث]

بسم الله الرحمن الرحيم

حكم مال المرتد إذا لحق بدار الحرب

١٩٠٦٦ - قال أصحابنا : إذا ارتد المسلم ولحق بدار الحرب حكم بلحاقه وقسم ماله بين ورثته (٢) .

١٩٠٦٧ - وقال الشافعي : يكون فيئًا (٣) .

١٩٠٦٨ - لنا : أنه مال اكتسبه مسلم فلا يكون فيئًا في دار الإسلام [كمال من] (٤) لم يرتد ولأن الإرث سبب تملك فجاز أن يملك بدين حال الحياة كالعقود (٥) .

١٩٠٦٩ - ولا تلزم الوصايا لأنها من جملة العقود والتعليل بجنسها وفرع العلة ما يملك به وليس بعقد وأصلها ما يملك به وهو عقده (٦) ولأن المال عندنا لا يقسم بين الورثة إلا بحكم الحاكم بلحاقه وقسمته بينهم .

١٩٠٧٠ - وهذا حكم في موضع يسوغ الاجتهاد فيه فينعقد الحكم كما لو حكم بكون المال فيئًا

---

(١) موجود في (ص) وبياض في باقي النسخ .

(٢) انظر : المبسوط (٣٧/٣٠) ، تبيين الحقائق (٢٤٠/٦) ، حاشية رد المحتار على الدر المختار (٢٥٤/٤) ، الهداية (١٦٦/٢) ، مجمع الأنهر (٦٨٢/٢) الفتاوى الهندية (٤٥٥/٦) ، الوجيز في الميراث ص ٦٩ الوجيز في الميراث والوصية ص ٥٠ .

(٣) انظر : النكت ١٨٣ ، الحاوي الكبير (٢١٦/١٠) ، المجموع (٥٩/١٦) ، مغني المحتاج (٢٥/٣) ، نهاية المحتاج (٢٢/٥) ، الشرقاوي على التحرير ٢/ ١٨٧ ، الأنوار الأعمال الأبرار (٦/٢) .

(٤) في (م) ، (ن) : [كما من] .

(٥) قال السرخسي : « قال أبو حنيفة ﷺ إنه يورث عن كسب إسلامه ولا يورث كسب الردة أن الإرث نوع ولاية فالسبب الخاص كما لا يوجب الولاية للكافر على المسلم لا يثبت للمسلم على الكافر يعنى ولاية التزويج بسبب القرابة وولاية التصرف في المال وبه فارق التوريث بالسبب العام فإن الأبوية بالسبب العام تثبت للمسلم على الكافر كولاية الشهادة والسلطنة ولا تثبت للكافر على المسلم بحال فكذلك التوريث . انظر : المبسوط (٣١/٣٠) .

(٦) أي يجوز أن يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم وقال في الجامع الصغير الوصية لأهل الحرب باطلة . انظر : تبيين الحقائق (١٨٤/٦) ، مجمع الأنهر (٧١٧/٢) .

١٩٠٧١ - وهذه المسألة فرع لنا على أصول .

١٩٠٧٢ - أحدها : أن ملك المرتد يزول بردته ويقف ذلك مراعى [١] كما يقف في بيع مشروط فيه الخيار » [٢] فإذا لَحِقَ انقطعت حقوقه

١٩٠٧٣ - لأن اختلاف الدارين يمنع بقاء الحقوق فإذا حكم الحاكم بلحاقه فقد زالت المراعاة وصار في حكم أهل الحرب لينتقل المال إلى الورثة وقوله ﷺ « لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم [٣] قد أجبنا عنه » [٤] .

١٩٠٧٤ - قالوا : كيف يورث الحربي [٥] .

١٩٠٧٥ - قلنا : هذا في حكم الميراث وليس بصريح ميراث ولأنا بينا أن الردة كالموت » [٦] فكما يصير المرتد كالميت في الأنكحة كذلك في الإرث » [٧] .

١٩٠٧٦ - قالوا : لو ملك الوارث بغير عوض صار كالمملوك بالهبة وإذا وجد على حكم الملك الأول تعلق بالرجوع كما يقول مخالفنا في هبة الوالد » [٨] فنقول نحن في هبة الأجنبي وكما لو مات فانتقل ماله إلى ورثته [٩] .

١٩٠٧٧ - ثم وقع في بئر كان حفرها إنسان فمات أو استحق ما كان ضمان الدرك فيه عادت التركة [١٠] إلى حكم ملكه واستحقت في ديونه كذلك هنا .

* * *

---

(١) في (م) : [مراعا] .
(٢) انظر : الهداية (١٦٧/٢) .
(٣) في (م) : [لا يرث المسلم الكافر المسلم] وفي (ن) [لا يرث المسلم الكافر والكافر المسلم] والصحيح ما أثبتناه . والحديث رواه البخاري (١٤٨٤/٦) ، مسلم (١٢٣٣/٣) .
(٤) قال السرخسي في المبسوط : « وهذا بخلاف المرتد فالإرث للمسلم منه ليستند إلى حال إسلامه ولهذا قال أبو حنيفة ﷺ أنه يورث عن كسب إسلامه ولا يورث عن كسب الردة انظر : المبسوط (٣١/٣٠) .
(٥) قال النووي في المجموع : « الذمي هل يرث الحربي ؟ فيه قولان : أحدهما يرثه لأنه ملتهما واحدة ، والثاني لا يرثه لأن حكمنا لا يجري على الحربي هذا مذهبنا انظر : المجموع » شرح المهذب (٥٩/١٦) ، نهاية المحتاج (٢٣/٥) .
(٦) قال في الهداية : « لأن الردة بمنزلة الموت » انظر : الهداية (١٦٦/٢) .
(٧) انظر : الهداية (١٦٧/٢) ، مجمع الأنهر (٦٨٤/٢) .
(٨) انظر : مغني المحتاج (٤٠١/٢) قال الشربيني الخطيب « وللأب الرجوع في هبة ولده وكذا السائد الأصول على المشهور » .
(٩) انظر : الهداية (٢٢٨/٣) ، مجمع الأنهر (٣٦١/٢) .
(١٠) في (م) : [الشركة] .

الشركة في الميراث

١٩٠٧٨ - قال أصحابنا : في المشتركة وهي وزوج وأم وأخوان لأم وأخ لأب وأم فصاعدًا أن للزوج النصف وللأم السدس وللأخوين لأم الثلث وسقط ولد الأم والأب .

١٩٠٧٩ - قال الشافعي : الثلث بين ولد الأم وولد الأب والأم بالسوية ترث ولد الأب والأم بانتسابهم إلى أمهم دون أبيهم .

١٩٠٨٠ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ ۚ فَإِن كَانُوٓا۟ أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِ ﴾ فجعل الله تعالى جميع الثلث للأخوة لأم فلم يجب أن ينقص منه .

١٩٠٨١ - فإن قيل : الأخ لأب وللأم أخ آخر فيستحق سهمًا معهم .

١٩٠٨٢ - قلنا : إنما جعل الله تعالى الثلث للأخوة التي استحق الواحد منهم الثلث والأخ للأب والأم لا يستحق الثلث وتستحق أخته السدس فلما دخلوا في الآية ، ويدل عليه قوله ﷺ : « ألحقوا الفرائض بأهلها فما أبقيت الفرائض فلأولى عصبته ذكر » ولم يبق الفريضة . شيئًا يستحقه الأخ للأب والأم / .

١٩٠٨٣ - فإن قيل : الأخ للأب والأم من ذوى الفريضة في مسألتنا .

١٩٠٨٤ - قلنا : لو كان كذلك لكانت أخته إذا انفردت مثله لأنها أخته وأم أخت الأخت فلما لم يشاركهم إذا انفردت بولى انتسابهم إلى الأخوة وينفرد عن انتسابهم إلى الأب [1] ولأن ولد الأم له سهم مقدر فلم يشاركهم فيه ولد الأب والأم كالزوج ، ولأن الميراث استحق بنسب ونسبتهم كان ذو السهم بسبب لا يشاركه فيه كذلك من يستحق السهم بالنسب ولأن الأخ للأب والأم إذا لم يرثوا بالتعصيب سقط ميراثه كما لو كان كافرًا ولأنه إذا كان لم يفضل على أخيه في الميراث لم يرث كما لو كان عبدًا .

١٩٠٨٥ - ولأنه ينسب إلى الأبوين فلم يشاركه من ينسب إلى أحدهما في قوله كالأخ للأب والأم والأخت للأب ، لأنها جهة واحدة في القرابة فلم تتبعض

(١) بالتعصيب فلم يكن بالجرد ليس على متعهم . انظر : الحاوي الكبير (٢٢٨/١٠) ، المقنع (٤٢١/٢) ، كشاف القناع (٤٣٠/٤) ، المغني (٢٣/٧) .

للاستحقاق حال الانفراد [١] ويبين [٢] ذلك أن الأخ للأب والأم إذا كان معه أخوة لأم لم يشاركهم في الثلث استحق الباقي بالتعصيب كذلك في مسألتنا .

١٩٠٨٦ - ولا يلزم ابن العم إذا كان أخًا لأم لأنها جهتان مختلفان [٣] .

١٩٠٨٧ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ ﴾ وعمومه يتناول الأخوة [٤] .

١٩٠٨٨ - والجواب : أن الآية لا تقتضي استحقاق جميع الرجال على الإجماع وإنما يقتضي أنهم من أهل الميراث فأما ترتيب ميراثهم فثابت بدليل آخر [٥] وعندنا الأخوة من أهل الميراث وهل يتقدمون أو يتقدم غيرهم موقوف على الدليل .

١٩٠٨٩ - ولأن الآية تقتضي إثبات نصيب منهم وقد بين اللّٰه تعالى سهام ذوي السهام بيانًا مفسرًا فالواجب تقديمهم على من لم يثبت نصيبه .

١٩٠٩٠ - قالوا : فريضة جمعت ولد أم وولد أب و أم [٦] وإذا ورث ولد الأم لم يسقط ولد الأب والأم مع السلامة ولم يكن هناك زوج [٧] .

١٩٠٩١ - قلنا : لا نسلم أن الفريضة جمعت الفرقتين لأن الفريضة ليست عبارة عن أقارب الميت وإنما هي عبارة عن جملة استحقاق المستحقين وولد الأب والأم لا استحقاق لهم فكيف نسلم أن الفريضة جمعتهم فتغلب هذه العلة فنقول وجب ألا يشتركون في السهم كما لم يكن هناك زوج ، أو نقول فلا يستوي ذكرهم وأنثاهم .

---

(١) انظر : المبسوط (١٥٥/٢٦) ، المغني (٢٣/٧) .

(٢) في (ن) : [وبين] .

(٣) انظر : المبسوط (١٥٥/١٦) ، المغني (٢٣/٧ ، ٢٤) ، المقنع (٤٢٠/٢) . ويجاب عن ذلك بما أورده الشيرازي في الأب بتعصيب وولاته وفي ابن العم تعصيب وأخوة وهما معنيان عقليان فما اجتمع به الحقان وها هنا من أخوة فلا يجتمع به موجبان . انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٥ ، الحاوي الكبير (٢٢٧/١٠) .

(٤) سورة النساء : الآية ٧ .

(٥) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٦) أي أن الشرع ورد بتقديم ذوي الفروض على العصبة ولذلك يقدم وأن سقط ولد الأبوين كغيره . انظر : المغني لابن قدامة (٢٣/٧) . ويجاب عن ذلك الآية تقتضي عموم استحقاق الجميع إلا من خصه الدليل ولأنهم ساوو ولد الأم في رحمهم فوجب أن يساوه في ميراثهم قياسًا على مشاركة بعضهم لبعض ولأنهم بنو أم واحدة فجاز أن يشتركوا في الثلث ما عليهم إذا لم يكن فيهم ولد أب . انظر : الحاوي (١٠٢/١٠) .

(٧) انظر : الحاوي الكبير (٢٢٧/١٠) ، النكت ورقة ١٨٥ ، المجموع (١٠٢/١٦) .

١٩٠٩٢ - والمعنى في الأصل أن السهام لم تستغرق الفريضة فاستحق العصبة وأصل السهام في مسألتنا استغرقت السهام الفريضة فسقط الأخ كما سقط العم وابن العم .

١٩٠٩٣ - قالوا : الأخ والأم لهم سببان يورث لكل واحد منهما على الانفراد فإذا سقط التعصيب كان كالمنفرد بالأم أصله ابن العم إذا كان للأم (١) .

١٩٠٩٤ - قلنا : ليس لولد الأب والأم إلا سبب واحد وهو انتسابهم إلى الأبوين فلو ورثوا بأحدهما انتقض ذلك السبب فلا يجوز تبعيضه كما لو اجتمع أخ لأب وأم وأخ لأب استحق الأخ للأب والأم الجميع (٢) ولو تبعض (٣) السبب استحق بانتسابه إلى الأم السدس وتساوى الأخ للأب في الباقي (٤) فأما ابن العم إذا كان أخًا واحدًا سببه غير الآخر ألا ترى أنه إذا اجتمع مع ابن العم من ليس بأخ .

١٩٠٩٥ - انفرد بالسهم وساوى شريكه في التعصيب ولم يترجح بالسبب الآخر فدل على اختلافهما .

١٩٠٩٦ - قالوا : من له معنى الفرض والتعصيب فله حالة يأخذ منها بالفرض دون التعصب كالأب (٥) .

١٩٠٩٧ - قلنا : لا نسلم أن الأخ للأب والأم حاله فرض لأن السهم لا يستحق إلا بمجرد الانتساب إلى الأم فإذا انتسب إلى الجهتين فلم يوجد فيه معنى استحقاق السهم .

---

(١) أي أن قرابة الأم في حقهم ليست بسبب للاستحقاق ثم العصوبة أقوى أسباب الإرث والضعيف يظهر مع وجود القوي فلا يظهر الاستحقاق بالفريضة في حق الأخوة والأخوات لأب وأم وإذا لم يوجد غير ذلك وجب إلحاق الفرائض بأهلها فإن لم يبق فلا شيء له .

(٢) انظر : المبسوط (١٥٥/٢٩) ، المغني (٢٣/٧) يجاب عن ذلك : ما ذكره الماوردي بقوله أن كم من وارث بسببين يرث بكل واحد منهما على الانفراد جاز إذا لم يرث بأحدهما أن يرث بالآخر قياسًا وابن العم إذا كان أخًا لأم ولأن كل من فيه معنى التعصيب والفرض جاز إذا لم يرث بالآخر قياسًا وابن العم إذا كان أخًا لأم ولأن الأحوال المواريث موضوعة على تقديم الأقوى على الأضعف وأدنى الأحوال مشاركة الأقوى الأضعف وليس في أصول المواريث سقوط الأقوى بالأضعف . انظر : الحاوي الكبير (٢٢٧/٣ ، ٢٢٨) .

(٣) في (م) : [ينتقص] .

(٤) أي أن الإدلاء بقرابة الأب سبب لاستحقاق العصوبة وبعد ما وجد هذا السبب لا تكون قرابة الأم علة الاستحقاق بل تكون علة الاستحقاق أن تكون علة للترجيح فلهذا يرجح الأخ لأب وأم على الأخ لأب . انظر : المبسوط (١١٥/٢٦) ، المغني (٢٤/٧) .

(٥) وأن كل من فيه معنى التعصيب والفرض جاز إذا لم يرث بالتعصيب أن يرث بالفرض قياسًا على الأب انظر : الحاوي الكبير (٢٢٧/١٠) ، النكت ورقة ١٨٥ .

١٩٠٩٨ - ولأن الأب يجوز أن يستحق سهمًا معًا فجاز أن يستحق لكل واحد منهما والأخ لا يستحق بالسهم والتعصيب معًا فلم يجز أن يستحق بكل واحد منهما ولأن الأب لما لم يجز أن يسقط إرثه بحال فتقدمه الولد في التعصب وورث بغير التعصب في الجهة التي يستحق بها التعصيب وإذا كان الأخ يجوز أن يحجب عن الإرث وسقط تعصيبه لم يرث السهم بالجهة التي استحق بها التعصيب [١] وإلا كان الأخ يجوز أن يحجب عن الإرث وسقط تعصيبه لم يرث السهم بالجهة التي استحق لها التعصيب فلا [٢] ينقضها [٣] .

١٩٠٩٩ - قالوا : يتساويا في الانتساب إلى الآخر وانفرد أحدهما بمزية وهي الانتساب إلى الأب وكل شخص ساوى غيره في القرابة وانفرد بفضل مزية فإنه إما أن يسقط الذي يساويه بذلك الفضل أو يأخذ زيادة على ما يأخذ الآخر فالأول [٤] كالأخ .

١٩١٠٠ - للأب والأم والأخ للأب والثاني الأب لما ساوى الآخر في الولاء وانفرد بالتعصيب أخذ بذلك زيادة على ما يأخذ الآخر وذلك عمدتهم في المسألة وتختلف عبارتهم عنه وهو معنى قول من قال : هب أن أباهم كان حمَّارًا قد تراكضوا في رحم واحد [٥] .

١٩١٠١ - قلنا : يمتنع أن يتساوى ولد الأم وولد الأب والأم في الانتساب إلى الأم ويحجب ولد الأب والأم دونهم كما يستحق ولد الأم ولا يساويهم في الاستحقاق وولد الأب والأم وأن كانوا مثلهم فلهم مزية بيان ذلك أنه إذا كان في الفريضة زوج وأم وأخ لأم وعشرة أخوة لأب وأم انفرد الأخ بالسدس فكان لكل واحد من الأخوة للأب والأم عُشْرُ السدس فلم يتساووا مع التساوي في الانتساب إلى الأم وجود المزية في الإدلاء[٦] بالأب وصارت هذه المزية صدرًا على ولد الأب كذلك لنفي مسألتنا [٧] .

---

(١) أي أنه لا يظهر الاستحقاق بالفريضة هي حق الأخوة والأخوات لأب وأم وإذا لم يظهر ذلك وجب أن تلحق بأهلها فإن بقي سهم فهو للعصبة وأن لم يبق فلا شيء لهم . انظر : المبسوط (١١٥/٢٩) ، المغني (٢٣/٧) .

(٢) في (م) : [فلم] .

(٣) انظر : الوجيز في الميراث . والوصية ص ١٠٨ .

(٤) ساقطة من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٥) أي أن مشاركتهم في الأم وزيادتهم بالأب فإذا لم يزيدهم الأب قوة لم يزيدهم ضعف وأسوأ حالة أن يكون وجوده كعدمه كما قال السائل : هب أن ابنا كان حمَّارًا إلى أمنا وأمهم واحدة . انظر : الحاوي (٢٢٨/١٠) ، النكت ١٨٥ ، المجموع (١٠٢/١٦) .

(٦) في (م) : [الأولاد] .

(٧) انظر : المبسوط (١٥٥/٢٩) ، المغني (٢٣/٧) .

١٩١٠٢ - قال : المخالف لأنهم ورثواها هنا بالتعصيب فلم يرثوا بالسهم [١] .

١٩١٠٣ - قلنا : قد نقضنا معناكم فلا يمنع بعد ذلك التعريف فيبطل هذا الفرق بزوج وأم وأخت لأب وأم وأخت وأخ لأب لأن الأخت للأب لو انفردت استحقت السدس فلما عصَّبها أخوها أسقطها فكان يجب أن تقول له : « إذا لم استحق معك بالتعصيب شيئًا استحق بالسهم وانضمامي إلى مالا يكسبني ضعفًا كما قال مخالفنا من بعض الأخوة حتى تعتبر جهة الأم على الانفراد وجهة الأب على الانفراد لوجب أن يقال في بنت وأخ لأب وأم وأخ لأب أن يقول الأخ للأب نسبك إلى الأم [٢] سقط اعتباره مع الولد لأن ولد الأم لا يرثون مع البنت وإذا سقط نسبك إلى الأم تساوينا في الانتساب إلى الأب فيجب أن يكون الباقي بعد نصيب البنت بيننا .

١٩١٠٤ - لما كان الأخ للأب والأم أولى دلي على أن جهته قرابة واحدة لا تتبعض حتى ينفرد أحد جهته عن الأخرى ، ولكان يجب في المشتركة إذا كان فيها زوج وأخت لأب وأم أن تقول الأخت لأختها كان أبي لو لم يكن النصف بالفرض فلما عصبتني صرت بك ذات سهم يجب لي أخذ سهمي الذي فرض اللّٰه لي إذ قد سقط تعصيبى وصرت من ذوات السهام [٣]

* * *

(١) أي أن ولد الأم إذا كان واحدًا سقط الشريك لأنه يبقى من الفروض سدس يأخذه ولد الأب والأم بالتعصيب انظر : الحاوي (٢٢٩/١٠) .

(٢) يجاب على استدلال الحنفية : ما ذكره الماوردي بأن الأخ للأب ليس له سبب يرث به إلا التعصيب وحده فلم يجز أن يدخل بمجرد التعصيب على ذوي الفروض . ألا ترى أنه لو اجتمع في هذه المسألة من الأخت للأب الأخ للأب أسقطها لأنه نقلها عن الفرض إلى التعصيب وليس كذلك الأخوة لأب ولأم لأن لهم رحم بالأم يجوز أن يشاركوا بها ولد الأم . ألا ترى أنهم لو اجتمعوا معهم لم يسقطوا فكذلك لم يسقطوا بهم . انظر : الحاوي الكبير (٢٢٨/١٠) .

(٣) يجاب عن ذلك أن استدلالهم بالبنت والأخت للأب والأم والأخت للأب فالجواب عنه من البنت إنما تسقط من الأخوة والأخوات من تفرد إدلاء بالأم فإذا اجتمع الأمران في أحد لم يسقط ثم رأينا من جمع الإدلاء بالأبوين أقوى فجاز أن يكون أحق وهذا بخلاف المشتركة . انظر : الحاوي الكبير (٢٢٨/١٠) .

الخنثى المشكل أنثى في الميراث

١٩١٠٥ - قال أبو حنيفة [ﷺ] (١) : الخنثى (٢) المشكل (٣) أنثى في الميراث إلى أن يتبين حاله (٤) .

١٩١٠٦ - وقال الشافعي اجعل له أضر الحالين فإن كان الإضرار أن يكون أنثى جعلته أنثى ووقعت الزيادة على نصيبه إلى أن يتبين حاله أو يصطلح هو والورثة وإن كان الإضرار به أن يكون ذكرًا مثل أن يكون أخًا لأب وأم في الشركة جعلته ذكرًا واعتبرت في الباقين الأضر بهم ووقف (٥) الباقي (٦) ويظهر الخلاف فيمن ترك ابنا وخنثى .

١٩١٠٧ - قال أبو حنيفة : للابن الثلثان وللخنثى الثلث (٧) .

١٩١٠٨ - وقال الشافعي : للخنثى الثلث وللابن النصف ونقف (٨) السدس (٩) .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) .

(٢) الخنثى : هو الذي له ما للذكر والأنثى ، وتخنيث الكلام : تليينه ، واشتقاق المخنث منه ، وجمع المخنث الخناث كالأنثى والإناث ، والخناثي بالفتح كالحبلى والحبالى . انظر : أنيس الفقهاء ص ١٦٦ .

(٣) المشكل : الذي لم تتصح ذكورته ولا أنوثته بعلاقة تميزه انظر : المجموع للنووي (١٠٥/١٦) ، انظر : حاشية الدسوقي (٤٨٩/٤) ، كشاف القناع (٤٦٩/٤ ، ٤٧٠) .

(٤) في (م) : [أمره] وانظر : المبسوط (٩٢/٣٠ ، ١٠٩) ، بدائع الصنائع (٣٢٨/٧) ، حاشية رد المحتار على الدر المختار (٣٧٠/٦) ، الاختيار ص ١٩٣ ، الفتاوى الهندية (٤٥٧/٦) ، البناية على الهداية (٦٧١/١٢) ، الوجيز في الميراث ص ٥٨ ، الرائد ص ١١٤ ، التحقيقات المرضية ص ٢١٠ ، المهذب ص ٣٠ .

(٥) في (ن) : [وقعت] .

(٦) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٦ ، المهذب ص ٣١ دار الفكر ، المجموع للنووي (١٠٨/١٦) ، روضة الطالبين (٤٠/٦) ، التحقيقات المرضية ص ٢١٠ وذهب الملكية إلى أن الخنثى المشكل يرث نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى انظر : جواهر الإكليل (٣٣٩/٢) ، حاشية الدسوقي (٤٨٩/٤) ، بلغة السالك (٦٥٨/٣) ، مواهب الجليل (٤٢٤/٢) ، وذهب الحنابلة ففرقوا بين حالتين : الأولى : إن كان يرجى اتضاح حاله عومل هو ومن معه بالأضر فهو كما يقول الشافعية . الثانية : إن كان لا يرجى اتضاح حاله بأن مات قبل بلوغه أربع ولم تظهر فيه علامة فهو كما يقول المالكية انظر : المغني لابن قدامة (١١٣/٧) ، المقنع (٤٤٥/٢) ، الزركشي على مختصر الخرقي (٥٠٩/٤ ، ٥١٠) ، الفروع (٤١/٥) .

(٧) انظر : بدائع الصنائع (٣٢٨/٦) .

(٨) (م) ، (ن) ، (ع) : [ونصف] .

(٩) انظر : النكت ورقة ١٨٦ ، روضة الطالبين (٤٢/٦) ، الحاوي الكبير (٢٣٦/١٠) .

١٩١٠٩ – لنا : أن الابن مستحق جميع المال وإنما يسقط بعض حقه بالمزاحمة وقد تيقنا أن الذي يزاحمه أنثى وشككنا في كونه ذكرًا فلم يجز أن يسقط بعض حقه بالشك ولا يلزم إذا ترك حملا لأنا لا نتيقن كونه أنثى ولا أمارة على ذلك فقد تيقنا في الخنثى الأنوثية في الخلقة فيما زاد عليها [١] .

١٩١١٠ – ولأن القاضي منصوب لفصل الأحكام لا لبقائها فلم يجز له أن يوقف بعض الميراث إلى أمد غير معروف . وليس هذا كالحمل [٢] لأنه يوقف إلى حين الولادة وذلك أمد معلوم [٣] .

١٩١١١ – احتجوا : بأنه يجوز أن يكون ذكرًا ويجوز أن يكون أنثى فلا يدفع إلى شركائه / بالشك [٤] .

١٩١١٢ – قلنا : وكذلك لا ينقصون بالشك ولأن هذا يبطل بمن مات وترك أخًا وإنما يدفع إليه الميراث بعد البلوغ مع جواز أن يكون هناك ابنا لحجبه الآباء وإلا يحجبه بغير تعيين .

١٩١١٣ – فإن قيل : يوقف ميراث الخنثى حتى يبلغ فيتبين أمره بالبلوغ [٥] .

١٩١١٤ – قلنا : الشافعي يقول : في الخنثى بعد البلوغ ما يقوله قبله وليس بعد البلوغ أمر منتظر يتعلق البيان به .

* * *

---

(١) انظر : المبسوط (٩٣/٣٠) .

(٢) انظر : المبسوط (٩٢/٣٠) ، بدائع الصنائع (٣٢٨/٧) ، البناية على الهداية (٦٧٣/١٢) ، الاختيار ص ١٩٣ ، الفتاوى الهندية (٤٥٧/٦) . (٣) انظر : الاختيار ص ١٩١ ، اللباب (١١٩/٤) .

(٤) انظر : النكت ورقة ١٨٦ ، المجموع (١٠٩/١٦) .

(٥) انظر : المغني لابن قدامة (١١٥/٧) ، الشرح الكبير (١٤٨/٧) .

المجوسي إذا اجتمعت فيه قرابتان

١٩١١٥ - قال أصحابنا : إذا ترك المجوسي من له قرابتان لو [١] تفرقا من شخصين ورث كل واحد منهما مع الآخر وورث الشخص الواحد بالقرابتين [٢] .

١٩١١٦ - مثاله : أن يتزوج المجوسي ببنته فتلد له بنتا فإذا ماتت [٣] بنته فبنتها أختها من أبيها أو يتزوج أمه فيولدها بنتا فهي بنتها وبنت ابنها وترث بالقرابتين أو يتزوج بنته فتلد له ابنا ثم يموت الابن فهذه أمه وأخته من أبيه [٤] .

١٩١١٧ - وقال الشافعي : يرث بأقوى القرابتين [٥]

١٩١١٨ - لنا [٦] : قوله تعالى : ﴿ إِنِ ٱمْرُؤٌا هَلَكَ لَيْسَ لَهُۥ وَلَدٌ وَلَهُۥٓ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ ۚ وَهُوَ يَرِثُهَآ إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ ۚ فَإِن كَانَتَا ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا ٱلثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ ﴾ [٧] فلم يفصل أخت هي أم أو ليست بأم .

١٩١١٩ - وقال تعالى : ﴿ وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ ﴾ [٨] ولم يفصل بين أخت هي جدة أو غير جدة .

١٩١٢٠ - وعند مخالفنا الأخت للأم إذا كانت ورثت سهم الجدة ولم ترث بكونها أختا لأم وهو خلاف القرآن وإنما تكون جدة وتكون أختا لأم [٩] إذا تزوج المجوسي أمه فأولدها بنتا فإن ماتت هذه البنت فلجدتها أم أبيها السدس ولها السدس آخر لأنها أخت

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [أو] والصحيح ما أثبتناه .

(٢) انظر : المبسوط (٣٣/٣٠ ، ٣٤) ، تبيين الحقائق (٢٤٠/٦) ، مجمع الأنهر (٧٦٩/٢) ، الفتاوى الهندية (٤٥٥/٦) ، الاختيار ص١٩١ ، وبه قال أحمد وهو ما عليه المذهب انظر المغني لابن قدامة (١٨٠/٧) ، الشرح الكبير (١٧٠/٧) ، كشاف القناع (٤٧٨/٤) ، المقنع (٥١/٢) ، الفروع (٥٣/٥) .

(٣) في (م) : [مات] .

(٤) انظر : المبسوط (٣٤/٣٠) ، تبيين الحقائق (٢٤٠/٦) ، الاختيار ص ١٩٠ .

(٥) انظر : الحاوي الكبير (٢٣٢/١٠ ، ٢٣٣) ، النكت ورقة ١٨٥ ، المجموع (٩٦/١٦) ، روضة الطالبين (٤٤/٦) ، مغني المحتاج (٣٠/٣) وبه قال مالك في المنتقى للباجي (٢٥١/٦) .

(٦) انظر : المغني لابن قدامة (١٨٠/٧) ، الشرح الكبير (١٧٠/٧) .

(٧) سورة النساء : الآية ١٧٦ .

(٨) سورة النساء : الآية ١٢ .

(٩) انظر : المغني لابن قدامة (١٨٢/٧) ، الشرح الكبير (١٧١/٧) .

لأم [١] وعندهم لا ترث نصيب الأخت [٢] .

١٩١٢١ – ويدل عليه قوله ﷺ : « ألحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت الفرائض فلأولى عصبة ذكر » [٣] .

١٩١٢٢ – فقد وجد في الشخص السببان فيستحق بهما كما لو قال : « من دخل الدار فله درهم ، وقال : من لم يدخل فهو حر فدخل عبده استحق العبد الدرهم ، وكذلك من قال : من دخلها فله درهم ومن دخلها راكبا فله دينار فدخلها راكبًا استحق الدرهم والدينار لاجتماع الصفتين [٤]

١٩١٢٣ – ولأنه اجتمع فيه معنيان لو تفرقا في شخصين ورث كل واحد منهما مع الآخر فورث بهما كابن عم هو أخ لأم وابن عم هو زوج [٥] .

١٩١٢٤ – ولأن ابن العم إذا كان زوجًا اجتمع فيه سببان أحدهما منقطع ، والأخت التي هي بنت اجتمع فيها سببان متصلان [٦] فإذا ورث الزوج بالسببين فالبنت أولى ، ولأن الميراث يستحق بالسهم تارة وبالتعصيب أخرى ثم جاز أن يستحق الشخص الواحد بالسهم والتعصيب [٧] كذلك يجوز أن يستحق بالسهم [٨] والسهم [٩] ولأنها قرابة تحصل بوطء قر عليه فصارت [١٠] كالقرابة بوطء مباح [١١] .

١٩١٢٥ – ولأن من اجتمع له سببان إذا اجتمع مع ذي سبب واحد إما أن يستحق

---

(١) انظر : مجمع الأنهر (٧٦٩/٢) .

(٢) انظر : المجموع للنووي (٩٧/١٦) ، الحاوي الكبير (٢٣٤/١٠) .

(٣) رواه البخاري في صحيحه عن ابن عباس ﷺ قال : قال رسول الله ﷺ : « ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر » صحيح البخاري (١٨٨/٨ ، ١٨٩) باب ميراث ابن الابن ، باب ميراث الجد مع الأخوة . ط الشعب ، ورواه مسلم في صحيحه (١٢٣٣/٣) (باب ألحقوا الفرائض بأهلها) .

(٤) انظر : المبسوط (٣٥/٣٠) ، تبيين الحقائق (٢٤٠/٦) ، الاختيار ص ١٩١ ، المغني لابن قدامة (١٨٠/٧) ، الشرح الكبير (١٧٠/٧) .

(٥) انظر : المبسوط (٣٥/٣٠) .

(٦) انظر : المبسوط (٣٥/٣٠) ، تبيين الحقائق (٢٤٠/٦) ، مجمع الأنهر (٧٦٩/٢) .

(٧) انظر : المبسوط (٣٥/٣٠) .

(٨) تكرار للفظ في (م) .

(٩) انظر : المبسوط (٣٥/٣٠) ، مجمع الأنهر (٧٦٩/٢) ، المغني لابن قدامة (١٧٩/٧) ، الشرح الكبير (١٧٣/٧) ، كشاف القناع (٤٧٩/٤) .

(١٠) ساقطة من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(١١) انظر : الاختيار ص ١٩١ .

بسببه أو يترجح إذا لم تتضامن الفريضة كالأخ للأب والأم والأخ للأب كابني العم إذا كان أحدهما أخ لأم [١] .

١٩١٢٦ - فلما اجتمع في مسألتنا سببان أحدهما أخت فلم تسقط إحداهما الأخرى بزيادة سببها فوجب أن ينفرد استحقاقها به [٢] .

١٩١٢٧ - ولأن مخالفنا يقول : إذا كانت أختا أنها ترث نصيب الأم ويسقط استحقاقها بالأخوة ، لأن قرابة الأم أقوى بدلالة أنها ترث مع الأب والابن والأخت لا ترث معها [٣] .

١٩١٢٨ - فقلنا : بالفصل بينك وبين من قال : إنني ورثتها بكونها أنثى أكثر ولأنها ترث بالفرض تارة [٤] وبالتعصيب أخرى ولأنها تحجب الأم مع مثلها ولا تحجبها الأم بحال [٥] .

١٩١٢٩ - ولأنها من قبيلة الميت وكذلك يقول مخالفنا في الجدة إذا كانت أختا لأنها تستحق سهم الجدة لأنها قربى بدلالة أنها ترث مع الأب [٦] .

١٩١٣٠ - فيقال لهم : بل سهم الأخت أقوى لأنها ترث مع الأم ولا ترث الجدة معها .

١٩١٣١ - ولأن فرض الأخت أكثر وسهمها منصوص عليه في القرآن [٧] ، وسهم الجدة ثبت بالخبر الواحد [٨] ولأن الأخت ترث النصف إذا لم تكن أمًّا ولا جدة فإذا ازدادت قربًا برحم الأم كانت أختين ولا ينقص من حقها [٩] .

١٩١٣٢ - احتجوا : بأنهما سببان يورث [١٠] كل واحد منهما من جنس ما يورث

---

(١) انظر : المبسوط (٣٠/٣٥) ، تبيين الحقائق (٦/٢٤٠ ، ٢٤١) ، مجمع الأنهر (٢/٧٦٩) ، الاختيار ص ١٩١ .

(٢) انظر : الحاوي الكبير (١٠/٢٣٣) ، المجموع (١٦/٩٦) ، مغني المحتاج (٣/٣٠) .

(٣) قال السرخسي : « وخمسة يتردد حالهم بين الفريضة والعصوبة وهم الأب ، والجد والبنت ، وبنت الابن والأخت لأب وأم والأخت لأب » . انظر : المبسوط (٢١/١٧٤) ، مجمع الأنهر (٢/٧٥٢) ، تبيين الحقائق (٦/٢٣٧) .

(٤) ساقطة من (ص) ، (ن) .

(٥) انظر : مجمع الأنهر (٢/٧٥٠) ، معين الحكام ص ٤٢٤ .

(٦) انظر : الحاوي الكبير للماوردي ٢٣٥ .

(٧) قوله تعالى : ﴿ إِنِ ٱمْرُؤٌا۟ هَلَكَ لَيْسَ لَهُۥ وَلَدٌ وَلَهُۥٓ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ ﴾ سورة النساء : الآية ١٧٦ .

(٨) بحديث المغيرة بن شعبة في الجدة التي جاءت إلى أبي بكر ﷺ تطلب ميراثها . انظر : المغني لابن قدامة (٧/٥٢) ، الاختيار ص ١٦٠ ، المبسوط (٢٩/١٦٥) .

(٩) انظر : المغني لابن قدامة (٧/١٨١) ، الشرح الكبير (٧/١٧١) .

(١٠) ساقطة من (ص) .

الآخر فوجب أن لا يورث إلا بأحدهما قياسًا على ابن العم إذا كان مولى [(١)] .

١٩١٣٣ - قلنا : التعصيب إذا اجتمع للشخص من وجهين ولم يعرف السببان في الشخصين ورث أحدهما ، فإذا اجتمعا في شخص ورث بأحدهما ألا ترى أن ابن العم والمولى إذا اجتمعا ورث ابن العم كذلك إذا اجتمعا في شخص واحد ووازنه من مسألتنا [(٢)] أن تكون [(٣)] البنت أختا لأم لما لم ترث الأخت من الأم مع البنت ثم اجتمعا السببان ورث بأحدهما كحال الاجتماع فأما القرابتان في مسألتنا .

١٩١٣٤ - فلو تفرقنا في شخصين ورث أحدهما مع الآخر كذلك إذا اجتمعا ورث بهما كما يرث بالسهم والتعصيب [(٤)] .

١٩١٣٥ - قالوا : قرابتان ورث كل واحد منها سهم مقدر فلما اجتمعا لم يرث بهما كالأخت للأب والأم لا تستحق النصف بانتسابها إلى [(٥)] الأب والسدس بانتسابها إلى الأم [(٦)] .

١٩١٣٦ - قلنا : هذه قرابة واحدة ليس بقرابتين .

١٩١٣٧ - الدليل عليه : ابن الأخ للأب والأم إذا اجتمع معه الأخ للأب سقط ولو كانت قرابتين انفرد [(٧)] بالسدس وساواه في الباقي كابني العم أحدهما أخ للأم [(٨)] وإذا ثبت أنها قرابة واحدة وقد استحقت بها النصف لم تستحق بها سهم آخر .

١٩١٣٨ - فإن قيل : النصف لا يستحق بالانتساب إلى الأم خاصة .

---

(١) انظر : الحاوي الكبير (٢٣٤/١٠) ، المجموع (٩٧/١٦) .

(٢) وإن كانت إحداهما - أي القرابتين - تحجب الأخرى يرث بالحاجبة بمعنى لو اجتمعت في المجوسي قرابتان لو تفرقا في شخصين حجبت أحدهما الأخرى يرث بالحاجبة وإن لم تحجب يرث بالقرابتين . انظر : مجمع الأنهر (٧٧٠/٢) .

(٣) في (م) : [يكون] .

(٤) أي أنه إذا اجتمع في الشخص فريضتان ورث بأقواهما ، لأنه لا يجوز الجمع بين فريضتين لأن الله تعالى بَيَّنَ نصيب كل صاحب فريضة ففي الجمع بين الفريضتين زيادة على ذلك السبب الذي يثبت به فريضته نصًا ، وذلك لا يجوز بخلاف ما إذا جمع الشخص بين الفريضة والعصوبة فإنه يرث بهما معا كابن العم الذي هو أخ لأم أو زوج . انظر : المبسوط (٣٤/٣٠) .

(٥) ساقطة من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٦) انظر : الحاوي الكبير (٢٣٤/١٠) ، المجموع (٩٧/١٦) .

(٧) ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٨) انظر : المبسوط (٣٥/٣٠) ، مجمع الأنهر (٧٦٩/٢) .

١٩١٣٩ - قلنا : لو كان كذلك لساوت الأخت للأب واستحقا الثلثين فلما انفردت بفرض النصف دل على أن استحقاقها إياه بانتسابها إلى الأم مزية التقديم على ولد الأب أو اجتمع معها فله أثر زيادة لنسبها في القوة والتقديم ثم لم يؤثر في استحقاق سهم .

١٩١٤٠ - ولما لم يستحق في مسألتنا بزيادة جهة القرابة مزية تقديم وجب أن يستحق الفرض المستحق بها كابني عم أحدهما أخ لأم لما لم يتقدم على نظيره زحمه استحق به السهم المستحق بانتسابه إلى الآخر ؛ ولأن الأخ للأب والأم لم يستحق بكل واحد من الجهتين اسما فلم يرث بكل واحدة منهما .

١٩١٤١ - وفي مسألتنا قد استحق بكل جهة من القرابة اسما فصار كابن العم إذا كان أخا لأم [١] .

١٩١٤٢ - قالوا : فرضان فلا يأخذهما واحد كالبنت إذا كانت زوجة .

١٩١٤٣ - قلنا : النكاح الفاسد لا يستحق به الميراث والنسب من وطء بنكاح فاسد يستحق به ، فلهذا لم ترث البنت بالنكاح كما لا ترث بالنكاح الفاسد حال انفراده .

١٩١٤٤ - قالوا : وجدنا أصول الفرائض مبنية على أن كل من أدلى بسببين يرث بكل واحد منهما من جهتين ما يرث به الآخر لم يرث إلا بأحدهما كالأخ إذا كان مولى وإن كان يورث بأحدهما من غير جنس الآخر بأنه يورث بهما كابن العم إذا كان أخا لأم [٢] .

١٩١٤٥ - قلنا : التعصيب لا يتصور أن يجتمع لشخص واحد تعصيبان متساويان من جهتين يقدم أحدهما على الآخر ، فلا يصح أن يرث بهما كما يرث بسهمين يحجب بسبب أحدهما سببًا للآخر ثم البنت إذا كانت أختا لأب فهي ترث النصف بالسهم وبقية المال بالتعصيب [٣] وأيضا من جنسين مختلفين ثم لم يورث الشافعي بهما فدل على فساد هذا الكلام [٤] .

---

(١) قال السرخسي : « أي أن الأخت لأب وأم مع الأخت لأب لا ترث فريضتين بالأختية للأم وبالأختية للأب ، وكذلك الجدة لا ترث فريضتين إن كانت جدة من جهتين على ما بينا من أصل أبي يوسف ، فإذا كان هذا لا يثبت فيما بين المسلمين مع تحقق السببين فكذلك فيما بينهم بخلاف ابن العم الذي هو أخ لأم أو زوج » انظر : المبسوط (٣٤/٣٠) .

(٢) انظر : الحاوي الكبير للماوردي (٢٣٤/١٠) ، المجموع (٩٧/١٦) مغني المحتاج (٢٩/٣) .

(٣) انظر : المبسوط (٢٥/٣٠) ، الوجيز في الميراث والوصية ص ١٨٠ .

(٤) انظر : النكت للشيرازي .

١٩١٤٦ - قالوا : وقد خرج ابن شريح [1] وجها فقال ترث البنت بكونها بنتًا وأختًا [2] .

١٩١٤٧ - قلنا : خالف به الإجماع لأن هذه المسألة تكلم الصحابة فيها فمنهم من ورث بالسببين فسوى بين الجميع ومنهم من ورث بسبب واحد فقال في البنت : لا ترث بكونها أختًا وإذا فسد طريق الاستدلال علي ابن شريح فقال مما يخالف الإجماع لم يلتفت إلى قوله [3] .

١٩١٤٨ - قالوا : قال الشافعي : فرض اللّٰه تعالى للأم الثلث وحجبها عنه إلى السدس بغيرها .

١٩١٤٩ - فلو قلنا : أنها كانت أمًّا وأختًا ترث بهما لكنا قد حجبناها بنفسها وذلك لا يجوز [4] .

١٩١٥٠ - قلنا : اللّٰه تعالى حجبها بالأخوة ولم يفصل وليس يمتنع أن يكون الحاجب هو المحجوب كما أن البنت إذا كانت أختا لأم [لم ترث] [5] برحم الأم فحجبت نفسها عنه ثم يقال لهم فإذا كانت / أما هي أخت فيجب أن يعطيها الثلث ٢١٦ والنصف لأنها لا تحجب نفسها [6] ويجب أن يقول [7] في المجوسية إذا تركت أما وبنتا هما أختاها أن ترث الأم بالقرابتين لأنها لم تحجب نفسها وإنما حجبتها البنت [8] .

١٩١٥١ - قالوا [9] : لو جاز أن ترث الأم بالقرابتين لجعل اللّٰه تعالى إلى ذلك سبيلا [10] .

---

(١) هو : عبد اللّٰه ، محمد بن شريح بن أحمد بن شريح بن يوسف الرعيني الأشبيلي . ولد سنة اثنتين وتسعين وثلاث منه . صاحب كتاب الكافي ، والتذكير وأخذ القراءات عن أحمد بن محمد القنطري المجاور وله باع في النحو والصرف ، فقيها كبير القدر حجة ثقة . روى عنه : ولده أبو الحسن شريح بن محمد ، وأبو العباس بن عيشون وغيرهم . توفي سنة ست وسبعين وأربع مائة . انظر : سير أعلام النبلاء (٥٥٤/٨) .

(٢) انظر : مغني المحتاج (٢٩/٣) ، المغني لابن قدامة (١٨٣/٧) .

(٣) قال ابن قدامة : « ومن ذلك مجوسي تزوج ابنته فأولدها بنتا ثم مات عنهما فلهما الثلثان لأنهما ابنتان ولا ترث الكبرى بالزوجية شيئًا في قولهم جميعا ، فإن ماتت الكبرى فقد تركت أما هي أخت الأب فلها النصف والثلث بالقرابتين ومن ورث بأقوى القرابتين لم يورثها بالأخوة شيئًا في المسألتين انظر : المغني لابن قدامة (١٨٣/٧) .

(٤) انظر : الحاوي الكبير (٢٣٤/١٠) .

(٥) في (م) : [لم يرث] .

(٦) انظر : المبسوط (٣٧/٣٠) .

(٧) في (م) : [تقول] .

(٨) انظر : المبسوط (٣٧/٣٠) ، شرح منتهى الإرادات (٦٢٥/٢) ، المغني لابن قدامة (١٨٤/٧) .

(٩) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فإن قيل] .

(١٠) انظر : الحاوي الكبير (٢٣٤/١٠) .

١٩١٥٢ - قلنا : المسلم إذا تزوج بامرأة ابنه وهو لا يعلم فأولدها فهذا الولد عم أخته من أمه ورث بالسببين باتفاق فلم يجعل الله إلى ذلك سبيلا [١] .

١٩١٥٣ - فإن قيل : إذا تركت المجوسية بنتها وهي بنت ابنها لورثت بالسببين لاجتمع لشخص واحد الثلثان .

١٩١٥٤ - قلنا : لم يتم ذلك بسبب واحد وإنما يستحق بسببين كما يستحق الزوج جميع المال وكما تستحق الأم [٢] البنت بالبنوة .

* * *

(١) قال السرخسي : « إن النسب إذا ثبت بنكاح فاسد أو وطء بشبهة يستحق التوارث انظر : المبسوط (٣٥/٣٠) ، المغني لابن قدامة (١٨٠/٧) .

(٢) أي إذا لم يوجد صاحب فرض سوى أحد الزوجين ولم يوجد أحد من العصبات ولا أحد من ذوي الأرحام فإن الزوج الموجود يأخذ التركة كلها فرضًا وردًا . انظر : الوجيز في الميراث والوصية ص ١٨٣ .

ولاء الرجل للرجل

١٩١٥٥ - قال أصحابنا : إذا والى الرجل الرجل ، وعاقده صح الولاء وورثه وإن لم يكن له وارث يعقل عنه (١) .

١٩١٥٦ - وقال الشافعي لا يرث (٢) .

١٩١٥٧ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَلِكُلٍّ جَعَلْنَا مَوَالِيَ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ (٣) وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ ﴾ (٤) فأوجب الله الميراث بالمعاقدة ، وهذا لا يكون إلا في الموالاة (٥) .

١٩١٥٨ - قالوا (٦) : المراد به الميراث بالحلف وذلك كان في الجاهلية فنسخ .

١٩١٥٩ - قلنا : قوله : ﴿ وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾ (٧) يحتمل أن يكون المراد به الحلف الذي كان في الجاهلية ، ويحتمل أن يكون المراد به الضرب على اليمين عند المعاقدة فأما النسخ فإن كان بآية المواريث فإنما يصير النسخ فيمن له وارث فمن لا وارث له على ما كان عليه .

١٩١٦٠ - فإن كان النسخ بقوله ﷺ : « لا حلف في الإسلام » (٨) فهذا خبر واحد ولا يجوز نسخ القرآن به (٩) وإن جاز تخصيصه به على الحلف فيمن له وارث .

---

(١) انظر : تبيين الحقائق (٢٣٨/٦) ، مجمع الأنهر (٧٥٥/٢) ، الهداية (٢٧٤/٣) ، المبسوط (٤٣/٣٠) .

(٢) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٤ ، الحاوي الكبير للماوردي (١٨٩/١٠) ، المجموع (٤٤/١٦) ، مغني المحتاج (٢١/٣) ، نهاية المحتاج (١٩/٥) .

(٣) ساقطة من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٤) سورة النساء : الآية ٣٣ .

(٥) انظر : المبسوط (٤٣/٣٠) .

(٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فإن قيل] .

(٧) سورة النساء : الآية ٣٣ .

(٨) أخرجه مسلم في صحيحه كتاب فضائل الصحابة (١٩٦٠/٢) .

(٩) اختلف العلماء في جواز نسخ الكتاب بالسنة فأكثر المتأخرين ذهبوا إلى الجواز لأنه لا استحالة في وقوعه عقلا وقد دل السمع على وقوعه فيجب المصير إليه ، ومن ذلك قوله : ﴿ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ ﴾ (البقرة : ١٨٠) فنسخ الميراث قول النبي ﷺ : « لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم » وأحمد في مسنده (١٢٠١/٥) وغير ذلك كثير ، وذهب الشافعي ومالك وأبو حنيفة رحمهم الله تعالى إلى عدم جوازه واستدلوا على ذلك بقوله تعالى : ﴿ مَا نَنسَخْ مِنْ آيَةٍ أَوْ نُنسِهَا نَأْتِ بِخَيْرٍ مِّنْهَا أَوْ مِثْلِهَا ﴾ البقرة : ١٠٦ =

١٩١٦١ – ويدل عليه حديث تميم الداري [١] أن النبي ﷺ قال : فيمن أسلم على يدي رجل « هو أحق الناس بمحياه ومماته » [٢] .

١٩١٦٢ – ومعلوم أنه لم يرد بذلك تعلق الحكم بمجرد الإسلام ، فلم يبق إلا أن يكون المراد الإسلام والموالاة .

١٩١٦٣ – فإن قيل : أحق الناس بنفقته [٣] في حياته وتجهيزه بعد موته .

١٩١٦٤ – قلنا : أحق يقتضي الوجوب وذلك لا يكون إلا في العقل عند حياته وأخذ ميراثه ميتًا ، وقد روي هذا الخبر لعمر بن عبد العزيز [٤] فجعل الميراث لمن أسلم الميت على يده . وهذا يدل أنه فهم منه التوارث .

١٩١٦٥ – وروي أن عمر بن الخطاب جعل الميراث لمن عاقد رجلًا وأسلم على يده ولا يعرف له مخالف ، وروى أبو الزبير [٥] عن جابر قال : كتب النبي ﷺ على كل بطن عقوله وقال : لا يتولى قوما إلا بالفهم [٦] فدل على ثبوت الموالاة بالتراضي وتعلق الفعل علق به التوارث .

= ووجه الدلالة من وجهين : ١ – أن الآتي بالناسخ هو الله تعالى . ٢ – أن المأتي به خير والسنة ليست خيرًا من الكتاب وقد أجيب عن ذلك بأن السنة وحي من الله تعالى فهو الآتي . انظر : الناسخ والمنسوخ للحازمي ص ٤٤ وما بعدها ومعراج المنهاج (٤٤٢/١) .

(١) هو : تميم بن أوس بن خارجة . الخمي روى عن النبي ﷺ وأنس بن مالك ، وعنه ابن عباس ، وعبد الله بن وهب ، وسليمان بن عامر وغيرهم مات عام (٤٠ هـ) . انظر : أسد الغابة (٢٥٦/١) ، مختصر تاريخ ابن عساكر (٣٠٧/٥) .

(٢) أخرجه الدارمي في سننه باب الولاء (٤٦٧/٢) .

(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [ببعض] .

(٤) هو : عمر بن عبد العزيز بن مروان بن كلاب روى عن صفر السائب بن يزيد ، وسهل بن سعد وغيرهم وعنه أبو سلمة وأبو بكر وغيرهم كان إمامًا عادلًا علم الفقه وروى حديثًا مات عام (١٠١ هـ) ترجمته في العبر (٩١/١) طبقات ابن سعد (٣٣٠/٥) ، السير للذهبي (١١٤/٥) .

(٥) هو : محمد بن مسلم بن تدرس أبو الزبير المكي روى عن جابر بن عبد الله ، وابن عمر ، وابن عباس وغيرهم وروى عنه سلمة بن كهيل ويحيى بن سعيد الأنصاري وخلائق روى له البخاري ومسلم ، ثقة مات عام (١٢٨ هـ) . انظر : السير للذهبي (٣٨٠/١٠) ، طبقات ابن سعد (٤٨١/٥) ، تذكرة الحفاظ (١٢٦/١) ، العبر (١٢٩/١) .

(٦) أخرجه مسلم في صحيحه باب تحريم تولي العتق غير مواليه (١١٤٦/٢) ، أحمد في مسنده (٣٢١/٣) ، مجمع الزوائد (٣٥١/٦) ، والبيهقي (١٠٧/٨) .

١٩١٦٦ - ولأنه نوع يقع به التناصر المقصود فجاز أن يتعلق به الميراث كولاء العتاق [١] .

١٩١٦٧ - ولأن الميراث يتعلق بالنسب والسبب ثم جاز أن يقوم مقام استحقاق التوارث ما يلحقه النسخ وهو النكاح ، فجاز أن يجري مجرى الولاء في استحقاق التوارث ما ينسخ به وهو المعاقدة [٢] .

١٩١٦٨ - ولأن مال الإنسان إذا لم يتعلق به حق معين جاز أن ينقل الملك فيه إلى من شاء لحال الحياة [٣] .

١٩١٦٩ - ولأن ثلث ماله يجوز أن يستحق بعد موته بعقده إذا لم يتعلق به حق معين وإن تعلق به حق معين لم يصح بقية المال .

١٩١٧٠ - ولا يقال : إن الثلث لما استحق بالوصية استحق مع وجود الورثة .

١٩١٧١ - لأن حقهم لا يتعلق بالثلث ، فجاز أن ينتقل بعقد ، وإن تعلق به حق لم ينتقل كما لو كان عليه دين ، وحق الورثة يتعلق بالثلث فمنع ذلك النقل فإذا لم يكن له وارث معين جاز أن ينتقل الثلثين بعقده كما كان في الثلث [٤] .

١٩١٧٢ - احتجوا [٥] بقوله ﷺ : « إن اللّٰه أعطى كل ذي حق حقه ، فلا وصية لوارث » [٦] .

١٩١٧٣ - والجواب : أنه يحتمل من المذكورين ويحتمل من كل يستحق .

١٩١٧٤ - وقد علمنا : أنه لم يعطف الآية على كل مستحق .

١٩١٧٥ - لأنه لم يذكر فيها المولى ولا الجدة ، فعلم أن المراد من المذكورين ، والخلاف فيمن لم يذكر .

١٩١٧٦ - قالوا : [٧] قال ﷺ : « الولاء [٨] لمن أعتق » والألف واللام للتعريف والنبي ﷺ قال هذا في خطبته في قصة بريرة [٩] فانصرف الكلام إلى ولاء العتق

---

(١) انظر : الاختيار (١٥٩/٤) .
(٢) انظر : المبسوط (٤٤/٣٠) .
(٣) انظر : تبيين الحقائق (٢٣٨/٢) .
(٤) انظر : المبسوط (٤٤/٣٠) .
(٥) انظر : الحاوي الكبير للماوردي (١٨٩/١٠) .
(٦) أخرجه الترمذي في سننه (٢٩٣/٣) ، والنسائي في سننه (٢٤٧/٦) باب أبطال الوصية للوارث ، وابن ماجه في سننه (٩٠٥/٢) باب لا وصية لوارث .
(٧) انظر : الحاوي الكبير للماوردي (١٨٩/١٠) .
(٨) ساقطة من النسخ .
(٩) سبقت ترجمتها .

للمذكر به وولاء العتق لا يتعلق بغيره .

١٩١٧٧ - واحتج بدليل الخطاب لم يكن فيه دلالة لأن الكلام إذا انصرف إلى الولاء الذي تقدم ذكره وهو قوله [ﷺ] (١) : « ما بال أحدكم يعتق على أن الولاء لغيره وتقرير الدليل كأنه قال : من لم يعتق فليس له ولاء العتق (٢) .

١٩١٧٨ - ولذلك قالوا : السبب لا يورث به مع وجود النسب بحال وجب أن لا يورث مع عدمه كما لو أسلم أحدها على يد الآخر (٣) .

١٩١٧٩ - قلنا : يورث عندنا بالولاء مع وجود السبب إذا كان النسب عبدًا أو قاتلًا أو كافرًا ثم هذا ليس بصحيح .

١٩١٨٠ - لأن ولاء العتق لا يورث به مع وجود عصبته من النسب ، ويورث به إذا انفرد ، ثم لم يستدل به على سقوط حكمه كذلك الموالاة والمعنى في الأصل وهو إذا أسلم ولم يواله أنه لم يلزمه له نصرة خاصة ، ولا التزم ذلك فلم يرثه بالولاء (٤) .

١٩١٨١ - وفي مسألتنا قد التزم له نصره خاصة فصار كولاء العتاق الذي يعتقه نصرة خاصة .

١٩١٨٢ - قالوا : لماله جهة ينقل إليها بوفاته فوجب أن لا يجوز له نقله عنها كالمولى .

١٩١٨٣ - قلنا : للمولى والورثة جهة معينة فلا يعطي بملكه حق معين لم يملك نقله عنه . وبيت المال مستحق فيه غير معين والمال إذا لم يتعلق به حق معين جاز له نقله بعقده كالثلث .

١٩١٨٤ - قالوا : لو كان الولاء يتوارث به لم يجز فسخه من غير عذر .

١٩١٨٥ - قلنا : قد لا يملك فسخه عندنا إذا تم مقصوده وينفسخ إذا لم يحصل مقصوده وهذا غير ممتنع كما أن النكاح ينفسخ عندهم بالعيب فلا يقال كذلك لغير عيب .

* * *

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) . (٢) انظر : الحاوي للماوردي (١٨٩/١٠) .

(٣) انظر : الحاوي (١٨٩/١٠) ، النكت للشيرازي ورقة ١٨٤ .

(٤) انظر : المبسوط (٤٤/٣٠) ، تبيين الحقائق (٢٣٨/٦) .

من يستحق السهم من الورثة والزوجة حامل

١٩١٨٦ - [قال أصحابنا] [1] إذا مات رجل وترك زوجة حاملًا وفي ورثته من يستحق السهم بكل حال دفع إليه السهم المستيقن وإن كان له عصبة .

١٩١٨٧ - قال ابن المبارك : يوقف نصيب له مع بنين ويدفع الباقي .

١٩١٨٨ - قال ابن المبارك : المعنى أن المرأة لا تملك أكثر من أربعة .

١٩١٨٩ - وقال الشافعي : لا يدفع إلى أحد من العصبات شيئًا حتى يعلم ما يكون منه .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ .

مَوْسُوعَة

القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارِنَة

المُسَمَّاة

التَّجْرِيد

كتاب الوصايا

مسألة ٩٥٩

حكم إذا أوصى لرجل بسهم من ماله

١٩١٩٠ - قال أبو حنيفة : إذا أوصى لرجل بسهم من ماله فله أدنى سهام الورثة إلا أن يزيد ذلك على السدس ، وفي رواية أخرى إلا أن [1] ينقص من السدس فيكون له السدس .

١٩١٩١ - وقال الشافعي : يعطيه الورثة ما شاءوا [2] .

١٩١٩٢ - لنا : [3] ما روى ابن مسعود أن رجلًا أوصى لرجل بسهم من ماله فأعطاه رسول الله ﷺ السدس [4] .

١٩١٩٣ - ولا يقال لا يعرف هذا الخبر لأن أبا بكر الرازي [5] ذكره عن هذيل بن

---

(١) ساقطة من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) انظر : الجامع الصغير ص ٥٢٠ ، مختصر الطحاوي ص ١٥٧ ، المبسوط (٨٧/٢٨) . قال الكاساني ولو أوصى بسهم من ماله فله مثل أخص الأنصباء يزاد على الفريضة ما لم يزد على السدس عند أبي حنيفة ﷺ وعندهما : ما لم يزد على الثلث . بدائع الصنائع (٣٥٦/٧) ، فتح القدير (٤٤٢/١٠) ، العناية على الهداية (٤٤٢/١٠) ، الهداية (٢٣٧/٤) ، مجمع الأنهر (٦٩٨/٢) ، والمسألة في اللباب (١٧٦/٤) ، وبه قال مالك في أحد قوليه : والقول الآخر له الثمن وهو قول أشهب من المالكية . انظر : أسهل المدارك (٢٧٧/٣) ، حاشية الدسوقي (٤٤٧/٤) منح الجليل (٦٨٠/٤) . وبه قال أحمد في رواية عنه : قال في المقنع : « وإن أوصى له بسهم من ماله ففيها ثلاث روايات إحداهن : له سدس بمنزلة سدس مفروض أن لم تكمل له فروض المسألة أو كانوا عصبة أعطى سدسًا كاملًا . والثانية : لهم سهم مما تصح منه المسألة ما لم يزد على السدس . والثالثة : له مثل نصيب أقل الورثة ما لم يزد على السدس . انظر : المقنع (٣٨٩/٢) ، المغني (٤٤٥/٦) ، الشرح الكبير (٥٤٠/٦) ، المبدع (٧٨/٦) .

(٣) انظر : المبسوط (٨٧/٢٨) ، تبيين الحقائق (١٨٩/٦) ، مجمع الأنهر (٦٩٨/٢) ، الهداية (٢٣٧/٤) .

(٤) رواه بن أبي شيبة في مصنفه (١٧١/١١) باب في الرجل يوصي بسهم من ماله ، وأورده الهيثمي في مجمع الزوائد عن عبد الله بن مسعود ، مجمع الزوائد (٢١٣/٤) باب فيمن أوصى بسهم ، والبزار في كشف الأسرار عن زوائد البزار (١٣٩/٢) . انظر : كشف الأسرار عن زوائد البزار (١٣٩/٢) .

(٥) هو : أحمد بن علي أبو بكر الرازي . كان مشهورًا بالزهد والورع وتلميذ أبي الحسن الكرخي ومات : سنة سبعين وثلاث مائة . انظر : طبقات الشيرازي ص١٤٤ ، الوافي بالوفيات (٢٤١/٧) ، سير أعلام النبلاء (٣٤٠/٦) ، العبر للذهبي (١٣٣/٢) .

شرحبيل [١] عن ابن مسعود ولا يقال أعطاه برضا [٢] الورثة لأنه نقل الوصية والتقرير فالظاهر أن الحكم تعلق بالسبب المذكور فتعلقه بمعنى لم ينقل عن الظاهر .

١٩١٩٤ - ولا يقال : إنهم يضمرون إذا لم يزد إحدى سهام الورثة على ذلك وإذا لم ينقص عن ذلك ونحن نضمر فيه إذا رضي الورثة ، لأنا لا نحتاج إلى إضمار الجواز [٣] أن يكون الوارث عصبة [٤] فيستحق الموصى له السدس من غير زيادة ولا نقصان [٥] وروي عن ابن مسعود فيمن أوصى لرجل بسهم أن له السدس ، وقال إياس بن معاوية [٦] السهم في لغة العرب السدس وكذلك قال أبو عثمان الحافظ [٧] وهؤلاء أهل اللغة وقولهم حجة في الأسماء [٨] .

١٩١٩٥ - فإن قيل : لو كان ذلك لغة لذكر في كتب اللغة [٩] .

١٩١٩٦ - قلنا : قد تثبت الأسماء بقول واحد من العرب الذي لا يعرف ولا يعتبر مع قوله حكاية أهل اللغة في الكتب بل يرجع إلى ما نقول وإنما لم يذكر أهل اللغة ذلك لأنه لا عناية لهم ببيان المقادير الثابتة في الأحكام وإنما ينقلها من تعلق بها .

---

(١) هو : هذيل بن شرحبيل الكوفي . روى عن عبد الله بن مسعود ، وعنه : أبو قيس عبد الرحمن بن ثروان بن مسعدة أخو علي بن مسعدة ، ورباح بن عبيدة . انظر : طبقات الشيرازي ص ٣٠٤ تبصرة المنتبه (١٤٥٠/٤) ، الإكمال (٤٠٧/٧) ، الثقات (٥١٤/٥) .

(٢) في (ن) : [يرضى] .

(٣) في (ن) : الجواز .

(٤) سبق تعريفها .

(٥) أي أنه يحكم له بالسدس حتى لا يزاد على ذلك ولكن ينقص عنه إذا كان في سهم ورثته أقل من ذلك لأنه إنما يوجب له مثل سهم أحد ورثته ولا يستحق إلا المتيقن وهو الأقل . نقول : أما اعتبار الثمن سهما : أن لفظة السهم إنما تتناول سهم من يكون من جملة ورثته باعتبار الأصل لا باعتبار سبب عارض لقرابة دون الزوجية فما يكون عارضا فيما هو أصلي كالمعدوم . انظر : المبسوط (٨٨/٢٨) ، فتح القدير (٤٤٣/٦) .

(٦) هو : إياس بن معاوية بن قرة المزني . كان يضرب به المثل في الذكاء والعقل وهو من كبار التابعين وكان قاضيا على البصرة في خلافة عمر بن عبد العزيز . روى عن جده مرفوعًا ، وأنس بن مالك ، وسعيد بن جبير وغيرهم وتوفي : سنة اثنتين وعشرين ومائة . انظر : العبر للذهبي (١١٩/١) .

(٧) هو : عمرو بن عون بن أوس الواسطي البزاز . كان إمامًا عالمًا ثقه حجة وثقة جماعة : روى عن : حماد ابن سلمة ، وشريك بن عبد الله وغيرهم ، وروى عنه : البخاري ، وأبو داود ، وعثمان الدارمي وغيرهم . وعنه : البخاري ، وأبو داود ، وعثمان الدارمي وغيرهم توفي : سنة خمس وعشرين ومائة انظر : تهذيب التهذيب (٨٦/٨) ، التاريخ الكبير (٣٦١/٦) ، الكاشف (٣٣٨/٢) .

(٨) انظر : المبسوط (١٤٥/٢٧) ، بدائع الصنائع (٣٥٦/٧) ، البناية (٤٤٥/١٠) ، فتح القدير (٤٤٢/١٠) .

(٩) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٩٠ .

١٩١٩٧ - ولأن الوصية والإرث كل واحد منهما تمليك يتعلق بالموت [١] ثم جاز أن يتعذر في أحدهما بنفسه كذلك الآخر .

١٩١٩٨ - ولأن السهم [٢] في الجمل التي يدخلها القول التضارب فيها بالسهام والفريضة العائلة ستة أسهم وما بعدها تضعيف لها فوجب أن يجعل السهم جزءًا منها وهو السدس [٣] .

١٩١٩٩ - ولأن الميراث يتعلق بالنسب في الأصل وأدنى سهام ذوي الأنساب السدس فكذلك تقدر الوصية [٤] .

١٩٢٠٠ - احتجوا : بأن السهم لفظ مبهم يحتمل القليل والكثير فصار كالجزء والنصيب .

١٩٢٠١ - قلنا : لا نسلم ذلك بل هو عبارة عن سهام الورثة وعن السدس كما بينا ، فأما الجزء والنصيب فإنما لم يتقدر فإن التفاوت لا يقع في الفرائض إلا ترى أنه لا يقال عالت الفريضة لجزء ولا نصيب / ، فلا يسقط وإنما يقال بسهم وبسهمين فعلم أن السهم هو واحد من جملة مقدرة والنصيب والجزء كل واحد منهما لا يعبر به عن واحد من جملة محصورة [٥] . ٢/ب

١٩٢٠٢ - قالوا : [٦] لفظ لا يتقدر موجبه في الإقرار [٧] فلم يتقدر في الوصية كالجزء .

---

(١) أي أن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت فلا يملك الموصى له الشيء الموصى به إلا بعد موت الموصي فكذا أيضًا الوارث لا يستحق الميراث إلا بعد موت المورث . انظر : الاختيار (١٣٠/٤) .

(٢) ساقطة من (ص) .

(٣) أي أن السهم جزءًا منها وهو السدس . انظر : البحر الرائق (٥٨٦/٨) ، تبيين الحقائق (٢٤٤/٦) ، الاختيار (١٣٧/٥) .

(٤) أي أن الأصل في الميراث هو النسب وأقل هذه السهام من ذوي النسب هو السدس فيكون أقل السهام في الوصية هو السدس . انظر : البحر الرائق (٥٥٦/٨) ، الشرح الكبير (٣/٧) . المهذب (٤٥٧/١) ، المجموع (٤٧٦/١٥) روضة الطالبين (٢١٢/٦) .

(٥) أي أن الجزء والنصيب إنما يعبر به عن السهام المقدرة للورثة بما فيها السدس فيعلم منه أن السهم هو واحد من الأنصباء المقدرة بخلاف النصيب والجزء لأنها يعبر عنها بالتفاوت الفرائض . انظر : بدائع الصنائع (٣٥٦/٧) ، تبيين الحقائق (٢١٢/٦) ، مجمع الأنهر (٧٤٩/٢) .

(٦) انظر : مغني المحتاج (٧٠/٣) أي أن المقر إذا أقر بمال عظيم أو كثير أو قليل أو حقير أو جزء أو نصيب فلابد أن يرجع إلى تفسيره فهذا أيضًا يتبع في الوصية .

(٧) انظر : الهداية (١٨٠/٣) ، مجمع الأنهر (٢٨٨/٢ ، ٢٨٩) .

١٩٢٠٣ - قلنا [١] : هذا غير مسلم لأن من أقر لرجل بسهم من دار وسهم من ثوب استحق السدس عندنا

١٩٢٠٤ - قالوا [٢] : لا يتقدر في البيع ولا في العقود .

١٩٢٠٥ - قلنا [٣] : لا تعتبر الوصية بالبيع ولا بالعقود بدلالة أنه لو أوصى بدراهم استحق ثلاثة ولو باع بدراهم لم يصح البيع ولا يتقدر الثمن بثلثه .

١٩٢٠٦ - بل قالوا : لو كان الاسم عبارة عن السدس [وعن سهام الورثة] [٤] لم يزد ولا ينقص [٥] .

١٩٢٠٧ - قلنا : هو عبارة عندنا عن السدس وعن سهام الورثة فاعتبر أقل الأمرين في إحدى الروايتين وفي الأخرى [٦] لم ينقصه عن السدس . لأنه أقل سهم من الجملة العائلة .

* * *

---

(١) انظر : المبسوط (١٨/٦٨) . (٢) انظر : المهذب (١/٦٤) .

(٣) انظر : فتح القدير (٦/٢٦٠) ، الهداية (٣/٢٢) قال المرغيناني في الهداية : « والأثمان المطلقة لا تصح إلا أن تكون معروفة الجنس والصفة » .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) . (٥) انظر : المجموع (١٥/٤٧٦) .

(٦) ساقطة من (ن) . انظر : بدائع الصنائع (٧/٣٥٦) ، البحر الرائق (٨/٤٧٢) ، فتح القدير (١٠/٤٤٤ ، ٤٤٥) رد المحتار على الدر المختار (٥/٤٣٠) .

مسألة ٩٦٥

حكم إذا أوصى لرجل بنصف ماله ولآخر بثلث ماله فلم تجز الورثة

١٩٢٠٨ - قال أبو حنيفة : إذا أوصى لرجل بنصف ماله ولآخر بثلث ماله فلم تجز الورثة الوصية فالثلث بينهما نصفان [١] .

١٩٢٠٩ - وقال أبو يوسف ومحمد : الثلث بينهما على خمسة أسهم وبه قال الشافعي [٢] .

١٩٢١٠ - لنا [٣] : قوله ﷺ لسعد حين قال له أُوصي بنصف مالي قال : لا ، قال أوصي بثلث مالي قال : الثلث والثلث كثير [٤] .

١٩٢١١ - فهذا يدل على أن الوصية فيما زاد على الثلث [لا تجوز] [٥] والمنع من جوازها يمنع من تعلق الأحكام بها وهذا خلاف الخبر ولأنه أوصى بما جعل له أن يوصي به فيما لم يجعل له في الأحكام أن يوصي به فلم يجز للموصى له أن يضرب [٦] بما لا يجوز الوصية به .

١٩٢١٢ - كما لو أوصى له بعبدين فاستحق أحدهما وأوصى لآخر بعبد لم يضرب صاحب العبدين بالمستحق وكذلك من أوصى بثلث ماله وثلث مال غيره .

١٩٢١٣ - فإن قيل : هذا يبطل [٧] بمن ترك ستمائة وأوصى بثلاثمائة ومائتين [٨] .

١٩٢١٤ - قلنا : الوصية هاهنا تعلقت بالتسمية وهو غير ممنوع من تسمية الدراهم المرسلة في وصيته لجواز أن يزيد ماله فتخرج من الثلث مع بقاء حق الورثة [٩] .

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (٣٧٤/٧) ، مجمع الأنهر (٦٩٧/٢) الهداية (٢٣٢/٤) ، تحفة الفقهاء (٣٤٨/٣) .

(٢) انظر : النكت ورقة ١٨٨ ، المهذب (٤٥٧/١) ، المجموع (٤٨٠/١٥ ، ٤٨١) .

(٣) انظر : الهداية (٢٣٢/٤) .

(٤) سبق تخريجه .

(٥) في (م) : [يجوز] .

(٦) انظر : بدائع الصنائع (٣٧٤/٧) ، مجمع الأنهر (٦٩٧/٢) ، تحفة الفقهاء (٣٤٨/٣) .

(٧) انظر : المبسوط (١٢٦/٢٧) ، بدائع الصنائع (٣٧٥/٧) .

(٨) انظر : النكت ورقة ١٨٨ .

(٩) أي أنه لا يضرب له بأكثر من الثلث من غير إجازة الورثة عند أبي حنيفة إلا في خمسة مواضع : في العتق في المرض ، وفي الوصية بالعتق في المرض ، وفي المحاباة في المرض ، وفي الوصية بالمحاباة ، وفي الوصية بالدراهم =

١٩٢١٥ - فإن قيل : هذا يبطل [١] بمن أوصى بالثلث ثم أوصى بالثلث فأحدهما قد أوصى له بما لا تجوز الوصية به وإن كان يضرب به .

١٩٢١٦ - قلنا : وصية كل واحد منهما تعلقت بمقدار يجوز أن يوصي به ويجوز أن يسلم له بالوصية من غير إجازة مع قيام حق الورثة وهو أن يريد الموصى له الأول الوصية أو يموت الموصى له قبل الموصي فأما الوصية بالنصف فلا يجوز أن يسلم للموصى له مع قيام حق الورثة إلا بالإجازة يبين ذلك [٢] أن الموصي يجوز أن يكون علق وصية للثلث بالثلث الأول لتقع المضاربة فيه والنصف لابد أن يكون تعلق بما لا يملك الوصية به مع قيام حق ورثته .

١٩٢١٧ - فإن قيل : المعنى في الموصي بثلث مال زايد أنه لا يضرب عند الإجازة في تركة الموصي فلا يضرب به مع عدم الإجازة وليس كذلك الموصي بالنصف لأن الضرب يقع به عند الإجازة وكذلك عند عدمها [٣] .

١٩٢١٨ - قلنا : إذا أوصى لأحد ورثته بزيادة على نصيبه عند إجازة الورثة بسهمه فيما أوصى به فإذا لم يجز له لم يضرب إلا بمقدار ميراثه ولأن الوصية بالنصف تعلقت بهذه التركة فضرب فيها عند الإجازة والوصية بثلث مال الغير لم تتعلق بهذه الشركة فلم تتعلق بها المضاربة فيها عند الإجازة [٤] .

١٩٢١٩ - ويدل عليه أن نصيب الورثة مقدر بثلثي المال عند الوصايا ونصيب الموصى له مقدر في الشرع بالثلث ثم كان الورثة وإن زادت سهامهم لم يضربوا بأكثر من الثلثين كذلك الموصى له لا يضرب بأكثر من الثلث .

١٩٢٢٠ - ولأن الورثة إذا تعاولوا لم يضرب كل واحد منهم إلا بما قدر له الشرع من السهم المستحق كذلك أصحاب الوصايا لا يضرب كل واحد منهم بأكثر مما قدر له الشرع [٥] .

= المرسلة فإنه يضرب في هذه المواضع بجميع وصيته من غير إجازة الورثة . انظر : بدائع الصنائع (٣٧٥/٦) .

(١) انظر : النكت ورقة ١٨٨ .

(٢) أي أنه لا يجوز الوصية بما زاد على الثلث إلا بإجازة الورثة فإذا لم يجز الورثة لا يجوز ذلك . انظر : بدائع الصنائع (٣٧٤/٧) ، تحفة الفقهاء (٣٤٨/٣) .

(٣) انظر : المهذب (٤٥٧/١) .

(٤) في (م) : [الإجارة] .

(٥) انظر : تبيين الحقائق (١٨٨/٦) .

١٩٢٢١ – احتجوا : [١] بقوله تعالى : ﴿ فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَمَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ ﴾ [٢] .

١٩٢٢٢ – قالوا : وقد فضل الموصي بينهم فلم يجز تبديل ذلك [٣] .

١٩٢٢٣ – قلنا : التبديل هو المعتبر والمخالفة ، وهذه الوصية يجوز تبديلها فيعتبرها باتفاق فلم تتناول الآية إلا الوصية الجائزة التي لا يجوز بغيرها [٤] .

١٩٢٢٤ – قالوا : فاضل بينهما في العطية من ماله فوجب أن يتفاضلا كما لو أوصى بالثلث والربع .

١٩٢٢٥ – قلنا : هناك كل واحد منهما أوصى له بما يستحقه حال الانفراد إلا بإجازة ؛ فلذلك لم يجز بضرب من غير إجازة مع قيام حق الورثة فلذلك تضاربا .

١٩٢٢٦ – وفي مسألتنا أوصى بما لا يجوز أن يستحق حال الانفراد مع قيام حق الورثة إلا بإجازة فلذلك لم يضرب بجميع وصيته [٥] .

١٩٢٢٧ – قالوا : [٦] وصية منفعة فجاز أن يضرب بها بإجازة والمعنى في الدراهم المرسلة أنها لم تنعقد على حق الورثة ، والاستحقاق يجوز أن يتعلق بجميعها من غير إجازة مع قيام حق الورثة بأن يزيد مال الميت فلذلك جاز أن يضرب وإن زادت ، والوصية بالنصف لا يجوز أن يستحق جميعها مع قيام حق الورثة من غير إجازة فصارت كالوصية للوارث والوصية بمال الغير تبين الفرق بينهما أن الوصية بالنصف انعقدت على حق الوارث والوصية بالدراهم انعقدت على التسمية ولم تنعقد على غير الشركة [٧] .

١٩٢٢٨ – فإن قيل : [٨] علة الأصل تبطل بمن أوصى بعبد أو ثوب تزيد قيمته على الثلث فإنه لا يضرب بجميعه ويجوز أن يستحقه من غير إجازة مع قيام حق الورثة بأن يزيد المال .

١٩٢٢٩ – قلنا : هناك انعقدت الوصية على حق الورثة فإذا لم تخرج العين من الثلث لم يجز المضاربة لحق الوارث فبين الفرق بين هذا وبين الدراهم المرسلة أنه يجوز أن

---

(١) انظر : النكت ورقة ١٨٨ .
(٢) سورة البقرة : الآية ١٨١ .
(٣) انظر : المجموع (٤١٠/١٥) .
(٤) انظر : المبسوط (١٤٨/٢٧) .
(٥) انظر : بدائع الصنائع (٣٧٥/٧) ، مجمع الأنهر (٦٩٧/٢) .
(٦) انظر : الحاوي الكبير (١٩٩/٧) .
(٧) انظر : المبسوط (١٢١/٢٨) .
(٨) انظر : النكت ورقة ١٨٨ .

يوصي بألف وليس في ماله دراهم ، ولو أوصى بعتق عبد وليس في ملكه لم يجز فعلم أن هناك انعقدت الوصية على التسمية وهاهنا على العين التي تعلق حق الوارث بها (١) .

١٩٢٣٠ - فإن قيل الوصية بالنصف يجوز أن تنعقد عندكم من غير إجازة إذا مات الوارث قبل المورث (٢) .

١٩٢٣١ - قلنا : الشائع من الوصايا في قدر دون قدر إنما هو حق الوارث فوجب اعتبار جواز الوصايا مع جواز حقه .

١٩٢٣٢ - قالوا : الموصي قصد التفضيل بينهما فلم يجز إبطال قصده .

١٩٢٣٣ - قلنا : بطل إذا أوصى لوارثه بوصية فقد قصد إلى تفضيله ثم لا يجوز أن يثبت له التفضيل لأن الشرع منع الوصية له إلا بإجازة كذلك هاهنا أيضًا .

١٩٢٣٤ - [فإن قيل : (٣) الوصية بالنصف يجوز أن تنفذ عندكم من غير إجازة إذا مات الوارث قبل المورث] (٤) .

١٩٢٣٥ - [فإن قيل] (٥) : الموصي يملك التفضيل وإن لم يملك الزيادة فوجب أن يثبت ما يملك وهو لا يملك تفضيل الوارث .

١٩٢٣٦ - قلنا : يملك تفضيل حق أصحاب الوصايا ولو بين حق الورثة فإذا أوصى لأجنبي بالثلث ولأحد ورثته بالثلث فمن حجة الورثة أن يقولوا : قد قصد الميت الإضرار بهذه الوصية وهو يملك ذلك وإن كان لا يملك إثبات وصية الوارث فيجب أن يسقط حق الموصى له وهو في ذلك على كل الورثة فلما لم يصح ذلك حكم لوصيته لا يملكها كذلك التفضيل حكم الوصية فلا يملكها فلم يجز اعتباره (٦) .

* * *

---

(١) أي أن الوصية بمال الغير كما لا تجوز الوصية إلا بإجازة الورثة وذلك الوصية بالدراهم المرسلة . انظر : النكت ورقة ١٨٨ .

(٢) أي أن الوارث له حق في مال المورث سواء كان شائعًا أو غير شائع فيجب اعتبار حقه . انظر : بدائع الصنائع (٣٧٥/٧) .

(٣) انظر : النكت ورقة ١٨٨ .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) .

(٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [قلنا] .

(٦) انظر : المبسوط (١٧٦/٢٧) .

مسألة ٩٦١

حكم إذا أوصى بجميع ماله ولآخر بنصف ماله

١٩٢٣٧ - قال أصحابنا : إذا أوصى [لأحدهما] [1] بجميع ماله [ولآخر بنصف ماله] [2] فأجازت الورثة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباع المال ولصاحب النصف الربع [3] .

١٩٢٣٨ - وقال أبو يوسف ومحمد : المال بينهما أثلاثًا

١٩٢٣٩ - [وبه قال الشافعي] [4] .

١٩٢٤٠ - وقد تغلظ مخالفونا الكلام في هذه المسألة وذكروا فيها فروعا عليها وما ذكروه بعض كلام أبي يوسف ومحمد فأوهموا ، وأنهم ظفروا بشيء وسبقونا إلى طعن وعليهم اتفقوا أنه فرع من أصحابنا ويرجحوا كلام بعضهم على بعض فأين ما سبقوا إليه .

١٩٢٤١ - وما يكرهوا في هذه المسائل والفروع التي عددوها على هذا الأصل لا وجه لذكر أجزائها وإنما تتكلم [5] في الأصل بالدليل على قول أبي حنيفة أن الموصي خص صاحب الجميع بالنصف وسوى بينهم في النصف ويتضاربا فيما اشتركا بينهما فيه وينفرد أحدهما بما انفرد به أصله إذا أوصى لرجل بعبد وأوصى له والآخر بعبد آخر اشتركا في أحد العبدين وانفرد أحدهما بالعبد الذي انفرد به كذلك هاهنا [6] .

١٩٢٤٢ - احتجوا : بأنها وصية منعقدة فوقفت المضاربة بها كالثلث والربع .

١٩٢٤٣ - والجواب : أن هناك كل واحد من السدس صحيح بدلالة أن الاستحقاق [لا يقدم على معنى ينضم إليه وما زاد على الثلث ليس بصحيح بدلالة أن / الاستحقاق] [7]

(١ ، ٢) ما بين المعكوفتين ساقط من النسخ وزدناها ليستقيم المعنى بها .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (٣٧٥/٧) ، قال المرغيناني في الهداية : « وإن أوصى لأحدهما بجميع ماله ولآخر بثلث ماله فلم تجز الورثة فالثلث بينهما على أربعة أسهم وقال أبو حنيفة : الثلث بينهما نصفان . انظر : الهداية (٢٣٦/٤) ، حاشية أحمد شلبي تبيين الحقائق (١٨٧/٦) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من النسخ وزدناها لأن المصنف دأب على ذكر رأي المخالف . انظر : المهذب (٤٥٧/١) ، النكت ورقة ١٨٨ .

(٥) في (م) : [يتكلم] .

(٦) انظر : بدائع الصنائع (٣٧٥/٧) ، النكت ورقة ١٨٨ .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

لا يتعلق به مع بقاء حق الورثة إلا بإجازة فلم يجوز أن يستوي السبب الصحيح والضعيف في المضاربة كما لا يضارب الوارث الورثة بسهمه وبما أوصى له به [١] .

١٩٢٤٤ - قالوا : الجملة إذا ضاقت عن الحقوق ضرب كل واحد بنصيبه كأصحاب الفروض [٢] .

١٩٢٤٥ - قلنا : اللّه تعالى قد علق حق كل واحد من أصحاب السهام بالمال كما علق حق غيره فوجب أن يتساويا في المضاربة وليس كذلك الوصية .

١٩٢٤٦ - لأن الموصي علق حق أحدهما بشيء أفرده به وسوى بينه وبين غيره في الباقي وصارت أجزاء المال كالأعيان المختلفة بين ذلك أن كل واحد من الورثة إذا انفرد يستوفي [٣] سهمه والموصى له لو انفرد جاز أن يستوفي إذا انضم إليه إجازة أو يحرم الوارث وجاز أن يستوفيه فلذلك لم يجز أن يضرب بجميعه [٤] .

* * *

(١) المبسوط (١٤٥/٢٨) ، بدائع الصنائع (٣٧٥/٧) .
(٢) انظر : النكت ورقة ١٨٨ .
(٣) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٤) انظر : بدائع الصنائع (٣٧٥/٧) .

مسألة ٩٦٢

حكم إذا أوصى بجميع ماله فأجازت الورثة

١٩٢٤٧ – قال أصحابنا : إذا أوصى [1] بجميع ماله فأجازت الورثة كان تمليكًا من الميت وكذلك الوصية للوارث [2] .

١٩٢٤٨ – وقال الشافعي : في أحد قوليه يكون هبة من الورثة إن قبضت صحت وإلا بطل [3] .

١٩٢٤٩ – قالوا : ولو أعتق عبدًا لا مال له غيره فأجاز الوارث بثلث للميت قبلناه للورثة فكأن بالإجازة أعتق الثلثين [4] .

١٩٢٥٠ – لنا [5] : قوله ﷺ : « لا وصية لوارث إلا أن تجيز الورثة » [6] وروي إلا

(١) ساقطة من (م) .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (٣٧٠/٧) ، المبسوط (١٤٧/٢٧) ، تبيين الحقائق (١٨٢/٦ ، ١٨٣) ، البناية (٤١٠/١٠) ، الهداية (٢٣٢/٤) وهو أحد قولي الشافعية : انظر : المهذب للشيرازي (٤٥٠/١) ، المجموع (٤١١/١٥) ، مغني المحتاج (٤٦/٣ ، ٤٧) ، نهاية المحتاج (٤٤/٥) وبه قال مالك وأحمد في رواية له : – انظر : شرح الخرشي (٤١٣/٥) المنتقى (١٥٧/٦) ، المغني (٤٢٧/٦) ، الشرح الكبير (٤٣٣/٦) ، المقنع (٣٥٩/١) .

(٣) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٩٠ ، المهذب (٤٥٠/٢) ، المجموع (٤١١/١٥) نهاية المحتاج (٤٤/٥) قال الشيرازي في المهذب : « فإن كان له وارث ففيه قولان : أحدهما : أن الوصية تبطل بما زاد على الثلث لأن النبي ﷺ نهى سعدا عن الوصية بما زاد على الثلث والنهي يقتضي الفساد وليست الزيادة مالًا للوارث فلم تصح وصيته به . الثاني : أنها تصح وتقف على إجازة الوارث فإن أجاز وإن ردها بطلت لأن الوصية ملكه وإنما يتعلق بها حق الوارث في الثاني فصحت ووقفت كما لو باع ما فيه شفعة فإن قلنا على أنها باطلة كانت الإجازة هبة مبتدأة يعتبر فيها الإيجاب والقبول باللفظ الذي تنعقد به الهبة . وبه قال أحمد في رواية له انظر : المغني (٤٢٧/٦) ، الشرح الكبير (٤٣٢/٦) شرح الزركشي (٣٦٨/٤) ، المقنع (٣٥٨/٢) .

(٤) انظر : المجموع (٤١٢/١٥) ، حواشي تحفة المحتاج (٢٣/٧) ، المغني لابن قدامة (٤٢٧/٦) .

(٥) انظر : تبيين الحقائق (١٨٣/٦) ، البناية (٤١٧/١٠) ، مجمع الأنهر (١٩٢/٢) .

(٦) رواه الدارقطني في سننه عن عمر بن خارجة قال : قال رسول الله ﷺ : « لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة » والترمذي في الجامع (٣٧٦/٤) ، النسائي في سننه بنحوه (٢٤٧/٦) ، وابن أبي شيبة في مصنفه (١٤٩/١١) ، وسعيد بن منصور في سننه (١٢٥/١) ، والشافعي في مسنده (١٨٩/٢) ، وابن حبيب في مسنده (٦٣/٢) ، وهذا الحديث رجاله ثقات . انظر : مصباح الزجاجة (٣٦٨/٢) .

أن يشاء الورثة [١] .

١٩٢٥١ - فدل على أنهم إذا أجازوها تكون وصية لأنه أثبت بالاستثناء ما نفاه فيقتضي أن تكون [٢] وصيته بعد الإجازة ولأنه عقد على ملك نفسه مع تعلق حق الغير به فإذا أسقط الغير حقه نفذ العقد من جهته كما لو أوصى وعليه دين فأبرأه الغرماء من دينه [٣] .

١٩٢٥٢ - ولأن المنع من التصرف في الثلثين لحق الورثة [٤] كحال المنع من التصرف في الثلث لحق الغرماء [٥] فجرى أحدهما مجرى الآخر .

١٩٢٥٣ - وعلى هذا قال أصحابنا : إذا باع الراهن الرهن بإذن المرتهن نفذ العقد من جهة الراهن وإن شئت قلت : عقد على ملك غيره وللغير فيه حق .

١٩٢٥٤ - فإذا نفذ العقد بسقوط حق الغير نفذ من العاقد إذا باع الرهن بإذن المرتهن والمشتري للشقص إذا باع فأسقط الشفيع الشفعة .

١٩٢٥٥ - ولأن الهبة المبتدأة لا تجوز بلفظ الإجازة فلما جازت الوصية بهذا اللفظ دل على أن الإجازة إمضاء لعقد الموصي [٦] .

١٩٢٥٦ - فإن قيل : الإجازة [٧] من ألفاظ الهبة يقال : هذه جائزة فلان وأجاز الأمير فلانا [٨] .

١٩٢٥٧ - قلنا : تلك إجازة مضافة إلى الموهوب له بقوله أجزتك بكذا وها هنا تصرف الإجازة إلى العقد فكيف تحمل على الجائزة [٩] .

---

(١) رواه البيهقي في السنن الكبرى عن ابن عباس وفيه عطاء الخرساني وهو غير قوى لكن إذا كثرت طريق الحديث فإنه يقوى بعضها بعضا وإنها في مجموعها تصل إلى درجة الاحتجاج بها وهو هنا كذلك .

(٢) في (ن) : [يكون] .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (٣٧٠/٧٦) ، الهداية (٢٢/٤) ، مجمع الأنهر (٦٩٤/٢) .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (٩٣٦/٧) ، تبيين الحقائق (١٨٣/٦) ، الهداية (٢٣٢/٤) المنتقى للباجي (١٥٧/٦) .

(٥) الغريم : أي الذي له الدين . انظر : مختار الصحاح ص ٤٩٨ .

(٦) انظر : بدائع الصنائع (٣٧١/٧) ، الاختيار (٤٧/٢) .

(٧) في (م) : الإجاره .

(٨) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٩٠ .

(٩) أي أن الإجازة هنا في الوصية إنما هي لتنفيذ العقد وإسقاط حقهم في الملكية بخلاف الإجازة في الهبة فهي صادرة من الواهب إلى الموهوب له على سبيل الإيجاب من الواهب . انظر : بدائع الصنائع (٣٧١/٦) ، المغني (٤٢٨/٦) .

١٩٢٥٨ - ثم قد قالوا : إذا أعتق المريض فأجاز الوارث كان عتقا منه والإجازة ليست من ألفاظ العتق فلا يعتق بها عنه [١] .

١٩٢٥٩ - ولأن المريض إذا وهب وأقبض فقد ملك الموهوب له [العين بدلالة أن جواز تصرفه فرضًا وثلث الموارث حتى الفسخ فكيف يكون الموصي به له الإجازة] [٢] ما تقدم ملكه ليعلم فلم يبق إلا أن تؤثر الإجازة في إسقاط حق الفسخ .

١٩٢٦٠ - وكذلك إذا باع وحابا فقد ملك المشتري المبيع والإجازة لا تجوز أن يملك المشتري بها ما هو على ملكه وإنما سقط حق الفسخ الثابت للورثة [٣] .

١٩٢٦١ - احتجوا [٤] : بقوله ﷺ : « إن اللّه جعل لكم ثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم » [٥] وهذا يقتضي أن جميع ما يجوز أن يتصرف فيه المريض هو الثلث .

١٩٢٦٢ - والجواب : [أن جميع] [٦] .

١٩٢٦٣ - المال ملك الإنسان في آخر عمره فالخبر [٧] متروك في الظاهر بالاتفاق ومعناه عندنا أن اللّه تعالى جعل لنا في آخر العمر إسقاط حق [الوارث عنه من التقرير وما زاد على ذلك لا يملك إسقاط حق وارثه عنه] [٨] إلا برضا الوارث .

١٩٢٦٤ - قالوا : روى في حديث سعد [٩] أنه قال للنبي ﷺ : أوصي بنصف مالي

---

(١) انظر : مغني المحتاج (٤٧/٣) ، نهاية (٤٥/٥) .
(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٣) انظر : الهداية (٢٤٥/٤) أي أن المريض إذا اعتق في مرضه أو وهب أو باع وحابا يصح ذلك كله ويجوز وينفذ المقصود من إجازة الورثة في ذلك أن لهم حق الفسخ الزائد على الثلث لتعلق حق الورثة به .
(٤) انظر : المهذب (٤٥١/١) .
(٥) رواه ابن ماجه في سننه ولفظه عن أبي هريرة ﷺ قال : قال رسول اللّه ﷺ : « إن اللّه تصدق عليكم ، عند وفاتكم ، بثلث أموالكم زيادة في أعمالكم » . انظر : ابن ماجه في سننه (٩٠٤/٢) . وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٠٠/١١) باب في قبول الوصية من كان يوصي إلى الرجل فيقبل ذلك ، والطحاوي في شرح معاني الآثار بنحوه (٣٨/٤٥) باب ما يجوز فيه الوصايا من الأموال وما يتعلق بفعله في المرض الذي يموت فيه من الهبات والصدقات ، والعتاق .
(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٧) في (ن) : في [آخره] .
(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٩) في (م) ، (ن) ، (ع) : [سعيد] .

قال : لا (١) وهذا نهي عن الوصية بما زاد على الثلث (٢) .

١٩٢٦٥ – قلنا : سعد سأله عن إيجاب الحق على وجه لازم فمنعه عن الوصية بما زاد على الثلث .

١٩٢٦٦ – لأن ذلك لا يقع لازمًا فإما النهي وإما نقول أنه ممنوع من الوصية لا للزوم بل العقد جائز مباح بالاتفاق .

١٩٢٦٧ – قالوا : روى أبو أمامة (٣) أن النبي ﷺ قال : « لا وصية لوارث » (٤) .

١٩٢٦٨ – قلنا : روي إلا أن يشاء الورثة (٥) أو إلا أن يجيزها الورثة (٦) فعلم أن المراد به لا وصية يستحقها الوارث بغير إجازة الورثة (٧) .

١٩٢٦٩ – قالوا : (٨) ملك للورثة ملكه بموت الموصي فوجب أن يكون تمليكًا من جهته كما لو وهب ملك نفسه وسلمه .

١٩٢٧٠ – قلنا : [الوارث وإن لم يملك ملك] (٩) المال عندنا ملكا مراعا (١٠) فإذا أجاز عقد الميت رد الملك وأسقط حقه عنه فنفذ فيه عقد الميت .

١٩٢٧١ – الدليل عليه يفصل بتيقن الإمضاء والإجازة (١١) فلولا أنه استحق بذلك العقد لم ينفذ بهذا اللفظ والمعنى في الهبة المبتدأة أنها تفتقر إلى لفظ صحيح يصح ابتداء العقد به فلما لم يفتقر هذا إلى لفظ يجوز ابتداء العقد به لم يكن تمليكًا من الوارث (١٢) .

---

(١) رواه البخاري في صحيحه (١٠٠٧/٣) باب الوصية بالثلث .

(٢) انظر : نهاية المحتاج (٤٤/٥) .

(٣) هو : أبو أمامة الباهلي واسمه صدي بن عجلان صاحب رسول الله ﷺ ونزل حمص وقد روى علمًا كثيرًا . روي عن : عمر ، ومعاذ ، وأبي عبيده ، وغيرهم وروي عنه خالد بن معدان ، وسليم بن معدان ورجاء بن حيوة وغيرهم ، ومات : سنة وثمانين . انظر : سير أعلام النبلاء (٣٥٩/٣) ، طبقات ابن سعد (٤١١/٧) ، التاريخ الكبير (١٢٦/٤) ، الجرح والتعديل (٤٥٤/٤) ، الاستيعاب ص ٧٣٦ .

(٤ ، ٥ ، ٦) سبق تخريجه .

(٧) انظر المبسوط (١٧٥/٢٧) ، تبيين الحقائق (١٨٣/٦) ، البناية (٤١٧/١) ، مجمع الأنهر (٦٩١/٢) ، المقنع (٣٥٨/٢) ، شرح الزركشي (٣٦٤/٤) .

(٨) انظر : النكت ورقة ١٩٠ .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(١٠) في (ن) : [مراعى] .

(١١) ساقطة من (ن) .

(١٢) أي أن امتناع النفاذ في الزيادة لحقه وإلا فالمنفذ للتصرف وهو الملك قائم فإذا أجاز فقد زال المانع ثم إذا أجازت بإجازته فالموصى له يملك الزيادة من قبل الموصي لا من قبل الوارث فالزيادة جوازها وصيته من =

١٩٢٧٢ - قالوا [1] : لو أجاز الوارث في مرضه كان ذلك من ثلث ماله فدل أنه تمليك من جهته .

١٩٢٧٣ - قلنا : الوارث وإن لم يملك فقد أسقط حقه عن المال بفعله وإسقاط الحقوق عن الأموال يكون من الثلث وإن لم يكن تمليكا كالعتق [2] [وكما لو ابتاع ما يساوي عشرة دراهم ثم رده بالعيب في مرضه كان من الثلث] [3] وإن كان الرد بعيب نقصا ليس تمليك مبتدأ إلا أنه لما أسقط حقه بالرد عن المال كان من الثلث [4] .

* * *

= الموصي لا جواز عطية من الوارث ، ولأن الموصى بالوصية متصرف في ملك نفسه والأصل فيه النفاذ لصدور التصرف من الأهل في المحل وإنما الامتناع لمانع هو حق الوارث فإذا أجاز فقد زال المانع لأن إزالته شرط والحكم بعد وجود الشرط يضاف إلى السبب لا إلى الشرط ويتوقف ثبوته على السبب في الحقيقة لا على الشرط لأن الشروط كلها شروط الأسباب لا شروط الأحكام . انظر : بدائع الصنائع (٣٧٠/٧) ، تبيين الحقائق (١٨٣/٦) ، حاشية رد المحتار (٦٥١/٦) .

(١) في (ص) : [قلنا] .

(٢) انظر : تبيين الحقائق (١٨٣/٦) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٤) انظر : تبيين الحقائق (١٨٣/٦) .

مسألة ٩٦٣

زوال ملك الموصي عن الثلث بموته

١٩٢٧٤ - [قال أصحابنا] [(١)] إذا أوصى بثلث ماله زال ملك الموصي عن الثلث بموته ولا يملك ذلك الورثة ، وإذا قبل الموصى له الوصية حكمنا بانتقال الملك إليه بالموت حتى قالوا لو أوصى له بجارية فمات الموصى ثم ولدت أو وهب لها هبة قبل القبول كان ذلك للموصى له إذا قبل ولو أوصى بما زادا على الثلث ملك ذلك الوارث ملكًا مراعًا فإن أجاز حكمنا بزوال ملكه وانتقل الملك إلى الموصى له بالموت .

١٩٢٧٥ - وللشافعي قولان : **أحدهما** : ينتقل الملك في الثلث بالقبول من حين موت الموصي وأن رد تبين أنه انتقل إلى الوارث من حين الموت .

١٩٢٧٦ - **والقول الثاني** : ينتقل الملك في الثلث بالموت إلى الوارث وينتقل القبول من الوارث إلى الموصى له فيما زاد على الثلث [(٢)] .

١٩٢٧٧ - فإن قالوا : الإجازة تفسد فهذا على قولين كالوصية بالثلث [(٣)] .

١٩٢٧٨ - وإن قالوا : هبة مبتدأة انتقل الملك إلى الوارث قولًا واحدًا ومن جهته إلى الموصى [(٤)] له فأما مقدار الثلث فالدليل على أنه لا ينتقل إلى الوارث قوله تعالى : ﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ ﴾ [(٥)] فأثبت الميراث بعد الوصية فمن أثبته قبلها فقد خالف الظاهر [(٦)] .

١٩٢٧٩ - ولأن ما استحق بعطية الميت فلم يعتبر رضا الوارث في استحقاقه فلم يملكه الوارث كهبة المريض لمقدار الثلث في حال مرضه [(٧)] .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ وأثبتناها تماشيًا مع سياق المصنف .

(٢) انظر : المهذب (٤٥٢/١) ، المجموع (٤٣٢/١٥) ، نهاية المحتاج (٥٤/٥) ، أسنى المطالب (٤٤/٣) ، حواشي تحفة المحتاج (٣٩/٧) .

(٣) أي أن الإجازة تصح من الورثة في الزائد على الثلث فإن أجازها صحت ثم فيه قولان أحدهما : أن إجازة الورثة ابتداء عطية منه لا تتم بالقبض وله الرجوع فيها ما لم يقبض ، وإن كانت قبل كالهبات . انظر : المجموع (٤١١/١٥) .

(٤) انظر : المهذب (٤٦٤/١) .

(٥) سورة النساء : الآية ١١ ، ١٢ .

(٦) انظر : المبسوط (١٤٢/٢٧) ، بدائع الصنائع (٣٣٥/٧) ، الشرح الكبير (٤٣٠/٦ ، ٩) ، المقنع (٣٥٨/٢) .

(٧) أي أن هبة المريض حال مرضه المعتبر فيها الثلث ولا يتوقف ذلك على رضا الوارث لأنها تعد وصية حال =

١٩٢٨٠ - ولأن تبرع المريض في حال مرضه كوصيته بعد موته بدلالة اعتبار كل واحد منهما من الثلث فإذا كان الملك ينتقل في أحدهما من العاقد إلى المستحق من غير شرط ملك آخر كذلك هذا مثله [(١)] .

١٩٢٨١ - ولأن ما ينتقل إلى ملك الوارث بالموت لا يملكه غيره إلا بسبب من جهته أو بفعل الحاكم لمقدار الدين ، وفي علمنا أن قدر الثلث يستحقه الموصى له بقبوله من غير رضا الوارث ولا فعل الحاكم دلالة على أن الوارث لا يملكه [(٢)] .

١٩٢٨٢ - قالوا : ما وجب انتقاله من جهة الموجب وجب أن ينتقل إليه من غير توسط ملك بينهما كما لو أنجز عطية في مرضه [(٣)] .

١٩٢٨٣ - قلنا : إن كان هذا تعليلا لمقدار الثلث فكذلك نقول وإن كان فيما زاد على الثلث فإنه لا يجب انتقاله بالقبول بل ينتقل بالإجازة وبالقبول فسقط هذا .

١٩٢٨٤ - ولأن الهبة المنجزة ينتقل الملك فيها قبل استحقاق الوارث فلم يتوسط ملك الوارث بين الإيجاب والقبول .

١٩٢٨٥ - وفي مسألتنا يتوسط بسبب الاستحقاق بين الإيجاب والقبول فينتقل الملك إلى الوارث كما لم يجز [(٤)] .

* * *

= مرضه فتقيد بالثلث . انظر : حاشية رد المحتار على الدر المختار (٦٧٨/٦) ، بدائع الصنائع (٣٣٧/٧) .

(١) انظر : بدائع الصنائع (٣٦٩/٧ ، ٣٧٠) .

(٢) أي أن ملك الورثة ينتقل إليهم عند موت مورثهم ولا يملكه أحد غير الوارث إلا بإجازته أو كان المورث عليه دين إلا في الوصية بالثلث فإنها تنتقل إلى الموصى له من غير رضا الوارث . انظر : بدائع الصنائع (٣٦٩/٧) .

(٣) انظر : مغني المحتاج (٤٧/٣) .

(٤) أي أن الهبة المنجزة حال الصحة ينتقل الملك فيها إلى الموهوب له قبل استحقاق الوارث ولا دخل للوارث في ذلك لأنها هبة حال الصحة لأن الواهب له حق التصرف في جميع ماله أما في هذه المسألة إذا أوصى بما زاد على الثلث فإنه يتوقف على قبول الوارث وإجازته . انظر : بدائع الصنائع (٣٦٩/٧) .

مسألة ٩٦٤

انتقال الوصية إلى ورثة الموصى له

١٩٢٨٦ - قال أصحابنا : إذا مات الموصى له قبل قبول الوصية انتقل إلى وارثه (١) .

١٩٢٨٧ - وقال الشافعي : إن قبل الوارث ملكها وإن ردها بطلت (٢) .

١٩٢٨٨ - لنا : أنه تملك يتعلق بالموت فجاز أن يملك بغير قبول كالميراث (٣) ولأن الوارث لم توجد له الوصية فلا ينفسخ برد الأجنبي .

١٩٢٨٩ - ولأن وارث الميت لو وقفت الوصية على قبوله (٤) لم تجز إلا بإجازة الوارث كما لو أوجب له الوصية ولا يجوز أن يقال : تقف على الإجازة لأن الوصية إذا لم تفتقر عند الموت على الإجازة لم تفتقر إلى الإجازة بعده إلا أن يتغير المال كسائر الوصايا (٥) .

١٩٢٩٠ - احتجوا : / بأنه تملك يفتقر إلى قبول تملك فإذا مات قبل القبول لم يتم كالبيع (٦) .

١٩٢٩١ - والجواب : أن الوصية بعد الموت تجري مجرى البيع الذي قد انضم إليه القبول ولهذا يقف على قبول يتأخر عن مجلس الإيجاب وقبول الموصى له يجري مجرى إمضاء البيع المشروط فيه الخيار ورده كفسخه فلهذا جاز أن يتم العقد دونه (٧) .

---

(١) ما ذكره المصنف هو الاستحسان في المذهب والقياس أن تبطل الوصية ، ووجه القياس : أن الملك موقوف على القبول فصار كموت المشتري قبل قبوله بعد إيجاب البائع . انظر : مختصر الطحاوي ص ١٥٧ ، المبسوط (٤٨/٢٨) ، تبيين الحقائق (١٨٤/٦) ، البناية (٤٢٣/١٠) ، والمسألة في اللباب ص ١٧٠ . وبه قال مالك . انظر : المدونة الكبرى (٢٩٦/٤) ، حاشية الدسوقي (٤٢٤/٤) ، شرح الخرشي (٤١١/٥) .

(٢) انظر : المهذب (٤٥٣/١) ، المجموع (٤٣٣/١٥) ، نهاية المحتاج (٥٣/٥) ، الأنوار لأعمال الأبدار (١٦/٢) . وبه قال أحمد انظر : المغني (٤٣٩/٦) ، كشاف القناع (٣٤٥/٤) ، العدة ص ٣٠٠ .

(٣) أي أن الوصية لا تتوقف على قبول الموصى له كما لا يتوقف الميراث على قبول الوارث . انظر : تبيين الحقائق (١٨٤/٦) ، الهداية (٢٣٢/٣ ، ٢٣٣) .

(٤) في (م) ، (ص) : [قوله] . (٥) انظر : الهداية (٢٣٣/٣ ، ٢٣٤) .

(٦) ساقط من (ن) . انظر : مغني المحتاج (٥٤/٣) .

(٧) انظر : تبيين الحقائق (١٨٤/٦) ، الهداية (٢٣٤/٣) ، البناية (٤٢٣/١٠) ، تحفة الفقهاء (٣٤٠/٣) .

١٩٢٩٢ - ولأن البيع لا يتم بقبول [١] من [٢] لم يوجب له العقد فكذلك الوصية لا يقف تمامها على قبول من لم يوجب له العقد .

* * *

---

(١) في جميع النسخ [يقول] ولعل صحة العبارة [بقبول] كما أثبتناه .
(٢) في (ن) : [لا] .

مسألة ٩٦٥

الوصية للأقارب (١)

١٩٢٩٣ – قال أبو حنيفة ﷺ : إذا أوصى لأقاربه اعتبر اثنان فصاعدا من ذوي الرحم المحرم ليس فيهم والد ولا ولد ويستحق ذلك الأقرب فالأقرب (٢) .

١٩٢٩٤ – وقال الشافعي : يصرف إلى جميع أقاربه من قبل القريب منهم والبعيد سواء (٣) وقد جعل مخالفونا هذه المسألة فصولاً أفردوا كل واحد منها بالكلام فقالوا استحقها بنوا الأعمام والخالات (٤) .

١٩٢٩٥ – والدليل على أنهم لا يستحقون بالوصية أن النفقة لا تجب لهم فلا يدخلون في وصية الأقارب كالهاشمي إذا أوصى لأقاربه لم يدخل فيها من ينسب إلى وصي كالأب (٥) .

١٩٢٩٦ – ولأنه تعصيب ليس معه تحريم مالا يدخل في الوصية للأقارب كالمولى ولأنه مال مستحق بالقرابة على وجه الإرث فلم يثبت الابن والخال كنفقته (٦) .

١٩٢٩٧ – ولأن الوصي قصد بالوصية صلة أقاربه فاعتبر ذلك بالصلة التي تجب لهم

---

(١) أولاً : لا خلاف بين الفقهاء في أن الوصية للأقارب المراد بها غير الوارث لقوله ﷺ « لا وصية لوارث » .
ثانيا : لا خلاف بين الفقهاء أن الوصية للأقارب هي للاثنين فصاعدا .
ثالثًا : الخلاف بينهم في الذين يستحقونها هل جميع الأقارب أم يستحقها الأقرب فالأقرب ؟ انظر : حاشية رد المحتار (٦/٦٨٦) .

(٢) انظر : المبسوط (٢٧/١٥٥) ، بدائع الصنائع (٧/٣٤٨) ، تبيين الحقائق (٦/٢٠١) ، كشف الحقائق شرح كنز الدقائق (٢/٣٢٢) ، البحر الرائق (٨/٥٠٧) ، مجمع الأنهر (٢/٧١١) ، والمسألة في اللباب شرح الكتاب (٤/١٨٠) .

(٣) وبه قال أبو يوسف ومحمد من الحنفية وبه قال مالك وأحمد إلا أن الإمام أحمد قيد ذلك بأن لا يجاوز أربعة أباء . انظر : المبسوط (٢٧/١٥٥) ، بدائع الصنائع (٧/٣٤٨) ، تبيين الحقائق (٦/٢٠٠) ، أسهل المدارك (٣/٢٨٠) ، مواهب الجليل (٦/٣٧٣) ، الشرح الصغير (٥/٣٣٨) ، مختصر المزني (٨/٢٤٥) ، النكت ورقة ١٨٩ ، حاشية البيجرمي (٣/٢٨٢) ، روضة الطالبين (٦/١٧٣) ، مغني المحتاج (٣/٦٣) ، نهاية المحتاج (٥/٦٥) ، المغني لابن قدامة (٦/٥٤٩) ، شرح الزركشي (٤/٤٠١) .

(٤) انظر : مختصر المزني (٨/٢٤٥) .

(٥) انظر : تحفة الفقهاء (٣/٣٥٥) .

(٦) انظر : تبيين الحقائق (٦/٢٠١) ، الاختيار (٣/١٤٨) .

في حال الحياة وهي النفقة [١] .

١٩٢٩٨ – والدليل على أن النفقة تجب لذي الرحم المحرم ما روي في قراءه أبي بن كعب [٢] وعلى الوارث ذي الرحم مثل ذلك [٣] .

١٩٢٩٩ – واحتجوا [٤] : بقوله تعالى : ﴿ وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ ﴾ [٥] وقد قسم [٦] رسول الله ﷺ سهم ذوى القربى على بني هاشم وهم بنو أعمامه .

١٩٣٠٠ – قالوا : فلما نزلت ﴿ وَأَنذِرْ عَشِيرَتَكَ ٱلْأَقْرَبِينَ ﴾ [٧] جمع النبي ﷺ بني هاشم وأنذرهم

١٩٣٠١ – قالوا : فلما نزلت ﴿ لَن تَنَالُواْ ٱلْبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُواْ مِمَّا تُحِبُّونَ ﴾ [٨] جاء أبو طلحة إلى النبي ﷺ فجعل أرضه لله فقال : اجعلها في قرابتك [٩] فجعلها في حسان بن ثابت [١٠] وأبي بن كعب وكانا من بني النجار [١١] وكان أبو طلحة وحسان يجتمعان في الأب الثالث ويجتمع مع أبي بن كعب في الأب السادس .

---

(١) انظر : الاختيار (١٤٩/٣) ، الهداية (٢٥٠/٤) .

(٢) هو : أبي بن كعب بن قيس الأنصاري وسيد القراء وكان عمر ﷺ يسميه سيد الرسلين وعده مسروق في الستة من أصحاب الفتيا . روي عن عمر ، وأبو أيوب ، وأبو هريرة ، وأنس بن مالك وغيرهم . توفي : سنة اثنتين وعشرين في خلافة عمر بالمدينة . انظر : أسد الغابة (٦١/١) ، تذكرة الحفاظ (٦١/١) ، الجرح والتعديل (٢٩٠/٢) ، حليه الأولياء (٢٥٥/١) ، شذرات الذهب (٣٢/١) .

(٣) القدوري : واهي في نسبة هذه القراءة إلى أبي بن كعب والصحيح نسبتها إلى عبد الله بن مسعود قال الألوسي : ويؤيده قراءة ابن مسعود (وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك) انظر : روح المعاني (١٤٧/٢) .

(٤) انظر : مغني المحتاج : (٦٣/٣) . (٥) سورة الأنفال : الآية ٤١ .

(٦) في جميع النسخ [فسخ] والصحيح ما أثبتناه .

(٧) سورة الشعراء : الآية ٢١٤ . (٨) سورة آل عمران : الآية ٩٢ .

(٩) رواه البخاري في صحيحه ٢ / ٥٣٠ ، ٥٣١ . ومسلم في صحيحه ٢ / ٦٩٣ ، ٦٩٤ .

(١٠) هو : حسان بن ثابت بن المنذر بن النجار شاعر رسول الله ﷺ وكان الرسول يضع له منبرا يقوم عليه يدافع عن الرسول ، وعاش ستون سنة في الجاهلية وستون في الإسلام روى عن رسول الله ﷺ . روى عنه : ابنه عبد الرحمن ، والبراء بن عازب وسعيد بن المسيب وغيرهم . انظر : أسد الغابة (٥/٢) ، الجرح والتعديل (٢٣٣/٣) ، الإصابة (٢٣٧/٢) .

(١١) بني النجار بطن من الخزرج ، من الأزد ، من القحطانية . انظر : نهاية الإرب ص ٧٦ معجم قبائل العرب (١١٧٣/٣) .

١٩٣٠٢ - والجواب : أن رسول الله ﷺ أعطى من السهم بني المطلب (١) .

١٩٣٠٣ - ولا خلاف بيننا وبين الشافعي أنه لو أوصى لقرابته لم يستحقوا إلا أن الشافعي قال : ولو أوصى رجل من بني شافع (٢) لقرابته اشترك فيها بنو شافع دون بني علي والعباس بن السائب (٣) فجعل الوصية لولد الأب الأدنى الذي يقع الانتساب إليه ويبين (٤) ذلك أن النبي ﷺ لم يدفع من السهم إلى بني زهرة (٥) وهم أخواله ولا إلى بني مخزوم (٦) وهم أخوال أبيه ولا إلى بني النجار وهم أخوال جده لأن أم عبد المطلب منهم ولا خلاف أن من ينسب إلى الأم (٧) لا (٨) يدخل الوصية ثم لم يدخلوا في السهم (٩) فدل على افتراق الوصية للقرابة ومن يستحق السهم من ذوى القربى .

١٩٣٠٤ - وأما قوله : ﴿ وَأَنذِرْ عَشِيرَتَكَ ٱلْأَقْرَبِينَ ﴾ (١٠) فقد جمع رسول الله ﷺ [عند نزولها قبائل قريش] (١١) القريب (١٢) منهم والبعيد (١٣) .

١٩٣٠٥ - ولا خلاف أنهم لا يدخلون في الوصية .

١٩٣٠٦ - وأما أبو طلحة (١٤) فلم يتصدق (١٥) بها على أقاربه وإنما جعلها لله تعالى

---

(١) انظر : الهداية ٢ / ١٤٨ .

(٢) بنو شافع هم : بطن بني المطلب بن عبد مناف ، من قريش ، من العدنانية انظر : معجم قبائل العرب (٥٧٣/٢) ، الأنساب (٣٨٠/٣) .

(٣) هو : العباس بن السائب من أولاد عم الإمام الشافعي . روى عن : يوسف بن يعقوب النجاحي وعنه أبو بكر ابن المقرئ انظر : الأنساب (٣٨٠/٣) ط دار الجنان . (٤) في (ن) : [تبين] .

(٥) بني زهرة : بطن من بني مرة بن كلاب من قريش من العدنانية انظر : معجم قبائل العرب (٨٤٢/٢) .

(٦) بني مخزوم بطن من لؤي بن غالب قريش انظر : معجم قبائل العرب (١٠٥٨/٣) .

(٧) في (م) : [الإمام] . (٨) ساقطة من الجميع وزدناها ليستقيم المعنى .

(٩) أي لا خلاف بين الحنفية والشافعية أن القرابة من جهة الأم لا تدخل في الوصية انظر : تبيين الحقائق (٢٠٢/٦) ، مغني المحتاج (٦٣/٣) . (١٠) سورة الشعراء : الآية ٩٢ .

(١١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(١٢) في (م) : [القرب] .

(١٣) رواه البخاري في صحيحه بشرح فتح الباري انظر : فتح الباري لابن حجر العسقلاني (٤٠٦/٦ ، ٤٠٧ ، ٤٠٨) .

(١٤) وهو زيد بن سهل بن الأسود بن حرام الخزرجي البخاري صاحب رسول الله ﷺ ، ومن البدريين النقباء الاثنى عشر ليلة العقبة روى عن : النبي ﷺ وعنه : أنس بن مالك ، وابن عباس ، وزيد بن خالد الجهني وغيرهم - مات سنة أربع وثلاثين بالمدينة انظر : طبقات ابن سعد (٥٤/٣) ، شذرات الذهب (٤٠/٦) ، الاستيعاب (٥٥٣/٢) ، سير أعلام النبلاء (١٣٥/٢) .

(١٥) في (م) : [يصدق] .

فأمره رسول الله ﷺ أن يصرف ذلك إلى أقاربه كما يستحب لكل متصدق أن يخص بصدقته أقاربه ولو صرفها إلى غيرهم جاز ولذلك يجوز أن يسوى بين القريب والبعيد (١) .

١٩٣٠٧ - قالوا : إذا أخذ الحربي أمانا لقرابته دخل فيه ابني العم والخال (٢) .

١٩٣٠٨ - قلنا : لا نسلم ذلك ومن لا يدخل باسم القرابة في الوصية كذلك لا يدخل في الأمان .

١٩٣٠٩ - فصل

١٩٣١٠ - والدليل على أن الوالد والولد لا يدخلان في الوصية قوله تعالى ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ ﴾ (٣) فعطف الأقارب على الوالدين والمعطوف غير المعطوف عليه (٤) .

١٩٣١١ - ولأن اسم القرابة لا يتناول الأب والابن في العادة ألا ترى أنه لا يقال هؤلاء أقارب فلان (٥) والاستحقاق يتعلق بالاسم فمن لا يطلق عليه لا يدخل فيه .

١٩٣١٢ - [قلنا : والخال والعم لهم أسماء تخصهم] (٦)

١٩٣١٣ - ولا يقال : إنما لا يقال هذا لأن لهم اسمًا يخصهم وإن أطلق عليه اسم القرابة (٧) .

١٩٣١٤ - احتجوا : بأنهم يدخلون في عقد الأمان ومن دخل في عقد الأمان باسم القرابة دخل في الوصية أصله غير (٨) الوالد والولد (٩) .

١٩٣١٥ - والجواب : أن الغرض بالأمان هو رفع الذل والرد عنهم ومن قصد هذا في غير ولده ففي ولده أولى أن يقصده ، وأما الوصية فالمقصود منها الصلة (١٠) وقد يقصد الإنسان الصدقة على غير الولد صيانة للولد عن ذلك دينا على ما فرض الله من

---

(١) انظر : تبيين الحقائق (٢٠١/٦) ، الهداية (٢٥٠/٤) ، مجمع الأنهر (٧١١/٢) .

(٢) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٧٩ . (٣) سورة البقرة : الآية ١٨٠ .

(٤) انظر : تبيين الحقائق (٢٠١/٦) .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (٣٤٨/٦) ، تبيين الحقائق (٢٠١/٦) ، البناية على الهداية (٥٠٥/١٠) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٧) أي أنه وإن كان لهم اسما يخصهم إلا أنهم يسمون أقارب فيدخلون في الوصية انظر : مغني المحتاج (٦٣/٣) .

(٨) ساقطة من (ص) . (٩) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٩ .

(١٠) في (م) : [العلة] و (ن) : [الغلة] والصحيح ما أثبتناه .

الزكاة التي لا يجوز صرفها إلى ولد ولا والد [١] .

١٩٣١٦ - قالوا : لو أوصى لأقرب الأقارب دخلوا في الوصية [٢] .

١٩٣١٧ - قلنا : لا نسلم ذلك

١٩٣١٨ - فصل

١٩٣١٩ - والدليل على أنه يستحقها الأقرب فالأقرب [٣] أن ما يستحق بعد الموت باسم القرابة جاز أن يترتب فيه الأقرب على الأبعد كالميراث [٤]

١٩٣٢٠ - فإن قيل : الميراث لا يستحق بالقرابة وإنما يستحق بالبنوة والأخوة والعمومة [٥] .

١٩٣٢١ - قلنا : علق اللّٰه تعالى الميراث بالقرابة لقوله تعالى : ﴿ لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ ﴾ [٦] لأنه علق الوصية بنوع قرب فيقدم فيه الأقرب [٧] كما لو أوصى لأعمامه وله عمان لأب وأم وأعمام لأب وكذلك إذا أوصى لأولاد فلان استحق الوصية وله الثلث دون ولد الولد [٨] .

١٩٣٢٢ - ولأن النبي ﷺ لم يعم سهم ذوي القربى في القريب والبعيد بل خصه ببعضهم ألا ترى أنه لم يعط بني عبد مناف ولا بني مخزوم وهم أخوال أبيه ولا بني

---

(١) انظر : الجامع الصغير ص ١٢٢ ، بدائع الصنائع (٤٩/٢) ، اللباب (١٥٥/١) .

(٢) انظر : مغني المحتاج (٦٣/٣ ، ٦٤) .

(٣) جاء في التبيين أن الوصية أخت الميراث وفي الميراث يعتبر الأقرب فالأقرب فكذا في أخته لأن الأخت لا تخالف الأخت في الأحكام . انظر : تبيين الحقائق (٢٠١/٦) .

(٤) أي أن الأقرب يقدم على الأبعد في الوصية لأقاربه اعتبارا بالميراث فيقدم فيه الأقرب على الأبعد فكذا الوصية . انظر : تبيين الحقائق (٢٠١/٦) ، النيابة (٥٠٤/١٠) . نوقش ذلك : بأنه لو كانت الوصية كالميراث لقدم الأب والابن ولأن الميراث يستحق بقرابة مخصوصة وهي الأبوة والأخوة والوصية تستحق بالقرابة المطلقة . انظر : النكت ورقة ١٩٠ .

(٥) أي أن الميراث يستحق بالبنوة والأخوة والعمومة عند المخالف . انظر : النكت ورقة ١٩٠ .

(٦) سورة النساء : الآية ٧ .

(٧) أي يقدم من كان من جهة الأب والأم على من كان من جهة الأب لأن من له قرابتان يقدم على من له قرابة واحدة فالأقرب يحجب الأبعد . انظر : الاختيار (١٧٠/٤) .

(٨) انظر : تبيين الحقائق (٢٠٢/٦) ، مجمع الأنهر (٧١٢/٢) ، تحفة الفقهاء (٣٥٩/٣) . في (م) ، (ن) ، (ع) [الوالد] . انظر : المبسوط (١٥٥/٢٧) ، تبيين الحقائق (٢٠٢/٦) ، تحفة الفقهاء (٣٥٩/٣) .

النجار وهم أخوال جده فمن زعم أن القريب والبعيد يستويان في الاستحقاق بالاسم فقد خالف ذلك .

١٩٣٢٣ – احتجوا : بقصة أبي طلحة وقد بينا الجواب فيها .

١٩٣٢٤ – قالوا : تساووا في سبب الاستحقاق وهو اسم القرابة فوجب أن يتساووا في الاستحقاق كما لو أوصى لبني فلان [١] .

١٩٣٢٥ – قلنا : الاستحقاق بالاسم قد خالف الإجماع ، لأن أبا حنيفة يعتبر الأقرب وأبو يوسف ومحمد اعتبرا من ينتسب إلى أقصى أب في الإسلام [٢] .

١٩٣٢٦ – والشافعي يعتبر من ينتسب إلى الأب الأدنى ، [٣] لأنه قال فيمن ينتسب إلى شافع إذا أوصى لأقاربه لم يدخل ولد السائب وهو ابن شافع ، واسم القرابة يعم الجميع فدل على أن الاسم لا يحمل على عمومه وأنه مخصوص بالإجماع [٤] .

* * *

(١) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٩ ، ١٩٠ .

(٢) انظر : المبسوط (١٥٥/٢٧) ، تبيين الحقائق (٢٠١/٦) ، مجمع الأنهر (٧١١/٢) .

(٣) انظر : النكت ورقة ١٨٩ ، مغني المحتاج (٦٣/٣) ، نهاية المحتاج (٦٥/٥) .

(٤) انظر : مغني المحتاج (٦٣/٣) .

مسألة ٩٦٦

حكم إذا أوصى لجيرانه

١٩٣٢٧ - قال أبو حنيفة : إذا أوصى لجيرانه فذلك للجار الملاصق .

١٩٣٢٨ - وقال محمد : من يصلي معه في المسجد [١] .

١٩٣٢٩ - وقال الساجي عن الشافعي : من كان داره إلى أربعين دارًا [٢] .

١٩٣٣٠ - لنا : [٣] قوله ﷺ : « الجار أحق بشفعته » [٤] فجعل الشفعة للجار وقد أجمعوا أنه لا يستحقها غير الملاصق فوجب حمل لفظ الوصية عليها فعلق الحكم بالشرع [٥] ، ولأن الاسم إن رجعنا فيه إلى اللغة فإنهم يسمون من جمعت القبيلة جارًا وإن كان بينه وبينهم أكثر من أربعين دارًا ، وإن اعتبرنا الشرع لم يختص ذلك بالأربعين .

١٩٣٣١ - ولأن كل دار لم يجب لمالكها الشفعة في دار الموصي لم يدخل ساكنها

---

(١) ما ذكره المصنف هو القياس عند أبي حنيفة ، وفي الاستحسان : جار الرجل من يسكن محلته ويجمعهم مسجد المحلة ووجه الاستحسان : لأن الكل يسمون جارًا عرفًا وشرعًا . انظر : تبيين الحقائق (٢٠٠/٦) ، بدائع الصنائع (٣٥١/٧) ، البناية على الهداية (٤٩٦/١٠) ، الهداية (٢٤٦/٤) ، مجمع الأنهر (٧١٠/٢) ، والمسألة في اللباب (١٧٩/٤) وما ذهب إليه أبو حنيفة في القياس هو المرجوح عند الشافعية . انظر : المجموع شرح المهذب (٤٦١/١٥) ، النكت ورقة ١٨٩ ، مغني المحتاج (٥٨/٣) . وبه قال مالك انظر : جواهر الإكليل (٣٢٠/٢) ، حاشية الدسوقي (٤٣٣/٤) .

(٢) أما الشافعية فلهم أقوال في حد الجار فروي أنه من يصلي معه المسجد كما ذهب إلى ذلك محمد بن الحسن من الحنفية ، وقيل : المراد بالجار من لاصق داره ، وقيل : أهل المحلة التي هو فيها ، وقيل : الملاصق والمقابل ، وقيل أهل الزقاق غير النافذ ، وقيل من ليس بينه درب يغلق والأظهر عند الشافعية أن حد الجوار أربعين دارا من كل جانب . انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٩ ، المهذب (٤٥٥/١) ، المجموع (٤٦١/١٥) ، مغني المحتاج (٦٠/٥) ، الأنوار لأعمال الأبرار (١٩/٢) . وبه قال أحمد انظر : المقنع (٣٧٢/٢) ، المغني (٥٥٦/٦) ، كشاف القناع (٣٦٣/٤) ، شرح منتهى الإرادات (٥٥٢/٢) .

(٣) انظر : تبيين الحقائق (٢٠٠/٦) ، مجمع الأنهر (٧١٠/٢) .

(٤) ذكره الطحاوي في شرح معاني الآثار ولفظه عن جابر بن عبد الله ﷺ قال : قال رسول الله ﷺ « الجار أحق بشفعة جاره فإن كان غائبًا انتظر إذا كان طريقهما واحد » انظر : الطحاوي في شرح معاني الآثار (١٢٠/٤) باب الشفعة بالجوار ، ورواه النسائي في سننه (٣٢٠/٧) ، والدارقطني في سننه (٢٢٢/٤ ، ٢٢٣) .

(٥) انظر : تبيين الحقائق (٢٠٠/٦) ، البناية على الهداية (٤٩٦/١٠) ، الهداية (٢٤٩/٤) .

في الوصية للجيران أصله ما بعد الأربعين [١] .

١٩٣٣٢ – احتجوا [٢] : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلْجَارِ ذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْجَارِ ٱلْجُنُبِ ﴾ [٣] ﴿ وَٱلْجَارِ ذِى ٱلْقُرْبَىٰ ﴾ هو الأجنبي ﴿ وَٱلْجَارِ ٱلْجُنُبِ ﴾ هو البعيد .

١٩٣٣٣ – والجواب : أن أهل اللغة قالوا : ﴿ وَٱلْجَارِ ذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْجَارِ ﴾ هو الجار المناسب ﴿ وَٱلْجَارِ ٱلْجُنُبِ ﴾ هو الجار الأجنبي ﴿ وَٱلصَّاحِبِ بِٱلْجَنۢبِ ﴾ هو الصاحب بالسفر الذي لا يجمعه وإياه جوار الدار [٤] .

١٩٣٣٤ – قالوا : روى عبد السلام بن أبي الجنوب [٥] عن أبي سلمة [٦] عن أبي هريرة ﷺ قال : قال رسول الله ﷺ « حق الجوار أربعون دارا هكذا وهكذا » [٧] .

١٩٣٣٥ – قلنا : عبد السلام عن أبي الجنوب شيخ روى عن أهل البصرة [٨] ساقط الحديث لا يجوز الاحتجاج به أليس دالا على روايته المناكير الذي روى هذا الحديث فاستدل بروايته له على سقوطه فكيف يجوز الاحتجاج به [٩] .

١٩٣٣٦ – قالوا [١٠] : روي عن النبي ﷺ أنه قال : « لا صلاة لجار المسجد إلا في

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (٣٥١/٧) ، تبيين الحقائق (٢٠٠/٦) .

(٢) انظر : المجموع شرح المهذب (٤٦٢/١٥) . (٣) سورة النساء : الآية ٣٦ .

(٤) انظر : أحكام القرآن لابن العربي (٤٢٩/١) ، وأحكام القرآن للجصاص ٢ / ١٩٥ .

(٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [عبد السلام عن ابن أبي الجنوب] . هو عبد السلام بن الجنوب المدني . روى عن : الحسن البصري ، وعمرو بن عبيد ، ومحمد بن مسلم وغيرهم . روى عنه : أبو ضمرة أنس بن عياض ، وعيسى بن يونس ، ومحمد بن إسحاق بن يسار وغيرهم . قال علي بن المديني عبد السلام منكر الحديث وقال أبو زرعة ضعيف . انظر : تهذيب الكمال (٦٣/١٨) ، تهذيب التهذيب (٣١٥/٦) ، الكاشف (١٧١/٢) .

(٦) هو : أبو سلمة عبد الرحمن بن عوف القرشي الزهري . ولد : سنة بضع وعشرين . من المدنين ، ثقة وكان فقيها ، كثير الحديث . روى عن : أسامة بن زيد ، وعبد الله بن سلام ، وعائشة وغيرهم . روى عنه : ابنه عمر بن أبي سلمة أخيه وابن سعد بن إبراهيم ، وسلمة بن كهيل وغيرهم . وفاته : سنة أربع وتسعين في خلافة الوليد . انظر : سير أعلام النبلاء (٢٨٧/٤) ، طبقات ابن سعد (١٥٥/٥) ، تهذيب التهذيب (١١٥/١٢) .

(٧) رواه أبو يعلي في مسنده ١٠ / ٣٨٥ ، وأورده الهيثمي في مجمع الزوائد (١٦٨/٨) باب حد الجوار .

(٨) البصرة : وهما بصرتان ، العظمى بالعراق وأخرى بالمغرب والمراد بها هنا التي بالعراق . انظر : معجم البلدان (٤٣٠/١) .

(٩) عبد السلام بن أبي الجنوب متروك الحديث وقال علي بن المديني منكر الحديث . انظر : تهذيب الكمال (٦٣/١٨) ، تهذيب التهذيب (٣١٥/٦) .

(١٠) انظر : مغني المحتاج (٥٩/٣) .

المسجد » [1] ولم يختص ذلك بالملاصق .

١٩٣٣٧ - قلنا : ولا يختص عن الأربعين دارا ؛ ولأن النبي ﷺ حث بهذا الخبر على الجماعة فلو خصصناه بالملاصق أبطلنا الفائدة التي طلب لها [2] وأما الوصية للجار فهي صلة لقربه والمقارب هو الملاصق / ولهذا لما [3] استحقت الشفعة بالقرب اختصت به .

١٩٣٣٨ - قالوا [4] : عندكم تجب الشفعة للمحاذي [5] ولا يدخل في الوصية .

١٩٣٣٩ - قلنا : لأنه استحق الشفعة بالجوار وإنما يستحقها بالشركة في الطريق [6] .

* * *

---

(١) أخرجه الدارقطني في كتاب الصلاة (٤١٩/١ ، ٤٢٠) باب الحث لجار المسجد على الصلاة ، وأخرجه الحاكم في المستدرك كتاب الصلاة ٢٤٦/١ ، والبيهقي في السنن الكبرى (٥٧/٣) .

(٢) انظر : الهداية (٢٤٩/٤) .

(٣) في (م) : [الماء] .

(٤) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٩ .

(٥) في (م) : [للمجاري] .

(٦) هكذا في جميع النسخ ولعل صحة العبارة قلنا : لأنه لا يستحق الشفعة بالجوار وإنما يستحقها بالشركة في الطريق – ولا أدل على ذلك من أن الشفعة تجب أولا للشريك في الطريق ثم الجار الملاحق لا المحاذي . انظر : الهداية : (٢٥/٤) .

مسألة ٩٦٧

الوصية لقبيلة كبيرة لا تحصى

١٩٣٤٠ – قال أصحابنا : إذا أوصى لقبيلة لا تحصى كبني تميم وبني عباس . وبني هاشم وفيهم الغني « [1] والفقير فالوصية باطلة » [2]

١٩٣٤١ – وقال الشافعي : جائزة ويدفع إلى جماعة منهم » [3] .

١٩٣٤٢ – لنا : أن الوصية إذا دخل فيها الأغنياء لم يقصد بها القربة وإنما القصد منها [4] إيجاب الحق لأدمي ولا يثبت لغير معين [5] كما لو قال لبني تميم عندي ألف [6] لأن الوصية إذا لم تكن لحق الله تعالى وقفت على القبول والعقد الذي يقف على القبول لا يثبت لمن لا يحصى [7] .

١٩٣٤٣ – احتجوا : بأن من جازت لهم الوصية إذا انحصر عددهم جازت الوصية وإن لم يحصروا كالفقراء [8] .

١٩٣٤٤ – والجواب أن الوصية للفقراء المقصود بها هو الله تعالى وهو معين معلوم والوصية للأغنياء لا يقصد بها الله تعالى فنفى أن يقصد بها الآدمي فلا يثبت له إلا أن يكون غنيا [9] .

---

(١) في (م) : [المعنى] .

(٢) انظر : المبسوط (١٥٨/٢٧) – لبنان ، شرح الهداية (٥١٢/١٠) ، الاختيار (١٥٠/٤) ، الهداية (٢٥١/٤) ، مجمع الأنهر (٧١٣/٢) ، تحفة الفقهاء (٣٦٣/٣) ، وهو أحد الوجهين عند الشافعية : النكت للشيرازي : ورقة ١٨٩ ، المهذب للشيرازي (٤٥٦/١) ، مغني المحتاج (٦٢/٣) .

(٣) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٩ ، المهذب (٢٥١/٤) ، المجموع (٤٧٠/١٥) ، مغني المحتاج (٦٣/٣) وبه قال مالك المدونة الكبرى (٣١٥/٤) ، حاشية الدسوقي (٤٣٤/٤) وبه قال أحمد في مواهب الجليل (٣٧٤/٦) ، . انظر : المغني (٥٨٢/٦) ، ط دار الفكر . شرح منتهى الإرادات (٥٤٣/٢) ، كشاف القناع (٣٤٤/٤) .

(٤) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٥) انظر : المبسوط (١٥٨/٢٧) ، الهداية (٤٥١/٤) .

(٦) انظر : الاختيار (١٥٠/٤) .

(٧) انظر : الاختيار (١٥٠/٤) ، البناية على الهداية (٥١٢/١٠) ، الهداية (٢٥١/٤) ، تحفة الفقهاء (٣٦٣/٣) .

(٨) انظر : نهاية المحتاج (١٥٨/٢٧) ، الهداية (٢٥١/٤) .

(٩) انظر : المبسوط (١٥٨/٢٧) ، الهداية (٢٥١/٤) .

١٩٣٤٥ - ولا يقال أنكم جوزتم الوصية للحمل [1] وليس بعين الحمل لأن الوصية للحمل متعلقة بشرط الولادة وفي ذلك الحال هو معنى محصور لا تصح فيه الزيادة ولا النقصان .

* * *

(١) انظر : العدة في شرح العمدة ص ٢٩٢ ، المغني (٥٠٩/٦) .

مسألة ٩٦٨

حكم إذا أوصى المسلم للحربي

١٩٣٤٦ - قال أصحابنا : إذا أوصى المسلم للحربي لم تصح الوصية مع اختلاف الدار [١]

١٩٣٤٧ - وقال الشافعي : تصح الوصية [٢] .

١٩٣٤٨ - لنا : [٣] قوله تعالى : ﴿ لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُم مِّن دِيَارِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ ﴾ إلى قوله ﴿ إِنَّمَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَأَخْرَجُوكُم مِّن دِيَارِكُمْ وَظَاهَرُوا عَلَىٰ إِخْرَاجِكُمْ ﴾ [٤] وظاهر الآية لا يقتضي النهي عن تولي أهل الحرب وبرهم والوصية من البر .

١٩٣٤٩ - فإن قيل : الآية الأولى تقتضي إباحة غير المحاربين [٥] .

١٩٣٥٠ - والثانية : تقتضي المنع من تولي أهل الحرب وأما برهم فدليل الخطاب .

١٩٣٥١ - قلنا : الآية نزلت على سبب ؛ وهو أن أسماء سألت النبي ﷺ عن برأم لها مشركة [٦] فظاهر الآية أنها فرق في الحكم المسئول عنه فذكر النفي والإثبات إلا أنه نهى عن التولي الذي يدل البر عليه ولأنا أمرنا بأخذ أموالهم فيستحيل أن تدفع أموالنا إليهم .

---

(١) انظر : المبسوط (٢٥/٢٨) ، تبيين الحقائق (١٨٤/٦) ، البناية (٤١٨/١٠) ، الهداية (٢٥٧/٤) ، مجمع الأنهر (٦٩٢/٢) وبه قال مالك في المعتمد عنده . انظر : حاشية الدسوقي (٤٢٦/٤) ، مواهب الجليل (٣٦٨/٦) وبه قال أحمد في الصحيح من المذهب المغني (٥٣٠/٦) ، الشرح الكبير (٤٦٦/٦) ، كشاف القناع (٣٥٢/٤ ، ٣٥٣) .

(٢) انظر : النكت ورقة ١٧٩ ولهم في ذلك وجهان : أحدهما تصح . الثاني : لا تصح وهو قول أبي العباس من الشافعية انظر : المجموع (٤١٦/١٥) ، نهاية المحتاج (٤٠/٥) ، مغني المحتاج (٤٣/٣) الأنوار الأعمال الأبرار (١٣/٢) . وبه قال مالك وأحمد في المرجوح عندهم انظر : حاشية الدسوقي (٢٥٧/٤٠) مواهب الجليل (٣٦٨/٦) ، المغني (٥٣٠/٦) الشرح الكبير (٤٦٦/٦) .

(٣) انظر : تبيين الحقائق (١٨٤/٦) ، مجمع الأنهر (٦٩٢/٢) .

(٤) سورة الممتحنة : الآية ٨ ، ٩ .

(٥) انظر : النكت ورقة ١٧٩ ، المجموع (٤١٧/١٥) .

(٦) رواه البخاري انظر : فتح الباري لشرح صحيح البخاري (٣٣٩/١٠) .

١٩٣٥٢ - ولأن في دفع الوصية إليهم تقوية لهم على حربنا [١] .

١٩٣٥٣ - ولا يجوز كما لو أوصى لهم بالسلاح [٢] ، ولأن في تكثير مالهم إضرار بالمسلمين فصار كالوصية لهم بالعبد المسلم [٣] .

١٩٣٥٤ - ولأن من لا يجوز أن يوصى له بالعبد المسلم لا يجوز أن يوصى له بالمال كالوارث [٤] .

١٩٣٥٥ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ ﴾ [٥] .

١٩٣٥٦ - والجواب : أن هذا عموم مخصوص بما ذكرنا [٦] .

١٩٣٥٧ - قالوا : من صحت له [الهبة صحت له الوصية] [٧] كمن في دار الإسلام .

١٩٣٥٨ - قلنا : لا فرق بين الهبة والوصية لو أوصى له مع اختلاف الدار لم يجز ولو وهب له لم تصح الهبة .

١٩٣٥٩ - قالوا : من جازت مناكحتهم جازت الهبة لهم [٨] .

١٩٣٦٠ - قلنا : إنما تصح مناكحتهم إذا اجتمعوا في دار واحدة فأما مع اختلاف الدار فلا تصح المناكحة ولو وكل من يزوجه امرأة في دار الحرب وهو في دار الإسلام لم ينعقد النكاح كذلك الوصية مثله .

* * *

(١ - ٤) انظر : تبيين الحقائق (١٨٤/٦) .

(٥) سورة النساء : الآية ١١ ، ١٢ .

(٦) أي أن هذه الآية عامة وهي مخصوصة بقوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا يَنۡهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ قَٰتَلُوكُمۡ ﴾ الآية قد نهي عن بر من يقاتلنا . انظر : مجمع الأنهر (٦٩٢/٢) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٨) انظر : تبيين الحقائق (١٨٤/٦) ، مجمع الأنهر (٦٩٢/٢) .

مسألة ٩٦٩

حكم الوصية للقاتل

١٩٣٦١ – قال أصحابنا : لا تصح الوصية للقاتل وإن قتل الموصى له الموصي بعد الوصية بطلت الوصية .

١٩٣٦٢ – وهو أحد قولي الشافعي (١) .

١٩٣٦٣ – وقال في القول الآخر : الوصية جائزة (٢) .

١٩٣٦٤ – وإذ قتل بعد الوصية لا تبطل .

١٩٣٦٥ – لنا : قوله ﷺ : « ليس لقاتل شيء » .

١٩٣٦٦ – فإن قيل (٣) روي « لا ميراث لقاتل » (٤) فيحمل المطلق على المقيد (٥) .

١٩٣٦٧ – قلنا : بل نستعمل هذا على عمومه وهذا على خصوصه . وروي عن

(١) انظر : المبسوط (١٧٦/٢٧) ، بدائع الصنائع (٣٣٩/٧) تبيين الحقائق (١٨٢/٦) ، الهداية (٢٣٢/٤) ، البناية (٤١٣/١٠) ، تحفة الفقهاء (٣٤١/٣) ، مجمع الأنهر (٦٩٢/٢) ، وهو أحد قولي الشافعي وأحمد في الراجح . انظر : النكت ورقة ١٧٩ ، المهذب (٤٥١/١) ، المجموع (٤١٧/١٥) ، مغني المحتاج (٤٣/٣) ، نهاية المحتاج (٤٠/٥) ، المغني (٥٤/٦) ، الشرح الكبير (٤٧٨/٦) ، كشاف القناع (٣٥٨/٤) .

(٢) انظر : النكت ورقة ١٧٩ ، المهذب (٤٥١/١) ، المجموع (٤١٧/١٥) ، نهاية المحتاج (٤٩/٥) وبه قال مالك : انظر : المدونة الكبرى (٢٩٦/٤) ، شرح الخرشي (٤١٢/٥) ، حاشية الدسوقي (٤٢٦/٤) .

(٣) هكذا في جميع النسخ وظاهر العبارة يدل على أن فيها سقطا لأن المصنف دأب على إيراد دليله أولا ثم يورد اعتراض الخصم عليه ولعل الساقط أن يكون : « لنا قوله ﷺ : « لا وصية لقاتل فإن قيل ... إلخ » انظر : تبيين الحقائق (١٨٢/٦) .

(٤) رواه الترمذي في سننه من حديث أبي هريرة عن النبي ﷺ قال : « القاتل لا يرث » (٢٨٨/٣) باب ما جاء في إبطال ميراث القاتل والدارقطني في سننه (٤٧٩/٢) باب ميراث القاتل من طريق طاووس عن ابن عباس ، وابن ماجه في سننه (٩١٣/٢) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٢٢٠/٦) من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، وعبد الرزاق في مصنفه (٤٠٣/٩) باب ليس للقاتل ميراث .

(٥) المقيد هو الذي دخله تعيين ولو من بعض الوجوه كالشرط والصفة وغير ذلك . راجع تقريب الوصول ص٨٣ وحاصل كلام المخالف أنه حمل قوله ﷺ : « لا وصية لقاتل » الذي استدل به الحنفية على الميراث لأنه روي أنه لا ميراث لقاتل وقال تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ ﴾ وأراد به الميراث فيحمل الإطلاق هناك على المقيد هنا . انظر : النكت ورقة ١٧٩ .

علي أنه قال : « لا وصية لقاتل » [١] ولا مخالف له .

١٩٣٦٨ – وروى الحجاج ابن أرطأة [٢] عن عاصم [٣] عن علي أن النبي ﷺ قال : « لا وصية لقاتل » [٤] ولأنه ملك ينتقل بالموت فيمنع منه القتل كالميراث [٥] ولأن الموصى له شريك الوارث يزيد حقه بزيادة المال وينتقص بنقصانه فإذا أسقط القتل أحد الحقين أسقط [٦] الآخر ولأن الميراث يتعلق بسبب لا ينفسخ والوصية تتعلق بسبب ينفسخ فإذا منع القتل أقوى الحقين فبأن يمنع أضعفهما أولى [٧] .

١٩٣٦٩ – فإن قيل : يجوز أن يمنع الإرث مالا يمنع الوصية كالكفر [٨] .

١٩٣٧٠ – قلنا : الكفر لما منع الإرث ، مع الوصية لأنها لا تجوز لحربي وكذلك القتل يجب أن يؤثر في الوصية أيضًا [٩] .

١٩٣٧١ – ولأن الموصى له بالجرح استعجل ما أخره الله عنه بفعل محظور فصار المقتول كالحي في حقه كالوارث [١٠] إذا جرح المورث ولا يلزم أم الولد إذا قتلت مولاها [١١] .

١٩٣٧٢ – لأن العتق يجوز فيها أن يتعلق بالموت ويجوز أن يتقدمه لأن أم ولد بين شريكين إذا مات أحدهما أو أعتق نصيبه عتق نصيب الآخر فلم تستعجل ما حكم له بتأخيره والوصية لا تملك إلا بالموت [١٢] فإن الموصي بعد الجرح يقدر على الرجوع عن وصيته .

(١) رواه الدارقطني ولفظه عن الحجاج بن أرطأة عن علي بن أبي طالب قال رسول الله ﷺ « ليس لقاتل وصية » . انظر : سنن الدارقطني (٢٣٧/٤) .

(٢) هو : حجاج بن أرطأة أبو ثور القاضي الكوفي . كان فقيهًا ولي قضاء البصرة وكان مفتي الكوفة قال عنه أبو حاتم : صدوق يدلي روى عن : الشعبي ، وعطاء بن أبي رباح ، وعمرو بن شعيب وغيرهم . وروى عنه : شعبة ، والثوري ، ويزيد بن هارون وغيرهم .

(٣) هو : عاصم بن عدي بن العجلان بن حارثة بن ضبيعة العجلاني القضاعي روى عن : النبي ﷺ وعنه ، سهل بن سعد ، وعامر الشعبي وغيرهم ومات سنة أربعين . انظر : تهذيب التهذيب (٤٩/٥) ، الكاشف (٤٦/٢) ، الأعلام للزركلي (٤٨/٣) .

(٤) رواه الدارقطني في سننه (٢٣٧/٤) وفيه ميشر بن عبيد متروك الحديث .

(٥) انظر : تبيين الحقائق (١٨٢/٦) . (٦) انظر : المبسوط (١٧٧/٢٧) .

(٧) انظر : المبسوط (١٧٨/٢٧) .

(٨) انظر : المجموع (٤١٧/١٥) ، حاشية الدسوقي (٤٢٦/٤) .

(٩) انظر : المبسوط (١٧٧/٢٧) ، تبيين الحقائق (١٨٤/٦) .

(١٠) انظر : تبيين الحقائق (١٨٢/٦) ، المبسوط (١٧٧/٢٧) .

(١١) انظر : المبسوط (١٨٠/٢٧) . (١٢) انظر : المبسوط (١٧٧/٢٧) ، تبيين الحقائق (١٨٢/٦) .

١٩٣٧٣ - قالوا : لم يفعل فقد رضي بها والمجروح لا يقدر على إسقاط الإرث [فلذلك مسقط الإرث] [١] [٢] .

١٩٣٧٤ - قلنا : إذا أسقط بالقتل مالا يصح الرجوع عنه فأولى أن يسقط ما يصح الرجوع عنه ولأن المجروح متهم في ترك الرجوع لأنه يجوز أن يظن أن الجارح أخطأ في الجرح فلم يرجع عن الوصية وما يتهم فيه المريض لا ينعقد تصرفه فيه [٣] .

١٩٣٧٥ - احتجوا : [٤] بقوله تعالى : ﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ ﴾ [٥] .

١٩٣٧٦ - قلنا : أجمعنا على أن المراد به الوصية الصحيحة وقد اختلفنا في هذه الوصية [٦] .

١٩٣٧٧ - قالوا : روي أن النبي ﷺ قال : « لا وصية لوارث » دليله أنها تجوز لغير الوارث .

١٩٣٧٨ - قلنا : ظاهر الخبر يقتضي أنه إذا أوصى لقاتل [٧] الوارث لم تصح الوصية ومن منع وصية القاتل الذي هو من أهل الميراث منع غيرها .

١٩٣٧٩ - قالوا : أجنبي عنه فصحت الوصية له كغير القاتل [٨] .

١٩٣٨٠ - قلنا : استحقاق الوصية والإرث يتقابلان بنسب استحقاق القرب إما بنسب أو كسب استحقاق الوصية عدم ذلك القرب ثم كان بسبب الإرث إذا حصل منه القتل كذلك الأجنبي وجد منه استحقاق الوصية جميع القتل .

١٩٣٨١ - قالوا : تمليك يفتقر إلى قبول فصح للقاتل كالبيع والإجارة [٩] .

١٩٣٨٢ - وربما قالوا : تمليك بعقد .

١٩٣٨٣ - قلنا : الأصل غير مسلم لأن عند أبي حنيفة البيع والإجارة وصية فلا

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) انظر : النكت ورقة ١٨٧ . (٣) انظر : المبسوط (١٧٨/٢٧) .

(٤) انظر : الحاوي الكبير (١٨٧/٩٠) . (٥) سورة النساء : الآية ١١ ، ١٢ .

(٦) قال السرخسي في المبسوط : « واتفقوا على أنه لا وصية لوارث واختلفوا في جواز الوصية للقاتل » . انظر : المبسوط (١٧٧/٢٧) .

(٧) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٨) انظر : النكت ورقة ١٧٩ .

(٩) انظر : النكت ورقة ١٧٩ ، المهذب (٤٢١/١) ، المجموع (٤١٧/١٥) .

تصح للقاتل كما لا تصح الوصايا له [١] .

١٩٣٨٤ - قالوا : من صحت له الوصية إذا لم يكن قاتلا صحت له الوصية إذا كان قاتلا أصله الصبي [٢] .

١٩٣٨٥ - قلنا : الصبي لا يتعلق بفعله القود فلم يتعلق به حرمان [٣] الوصية [٤] والبالغ يجوز أن يتعلق بفعله القود .

١٩٣٨٦ - قالوا : نوع قتل كحفر البئر [ولأنه يمنع الوصية في الصغير لا يمنعها في الكبير . أصله حفر بئر .

١٩٣٨٧ - قلنا : لا نسلم أن حفر البئر] [٥] نوع قتل [٦] لأن حافر البئر ليس بقاتل وقد بينا ذلك والمعنى في الحافر أنه لم يوقع فعلا في الواقع ولا فيما اتصل به يمنع الوصية بفعله ولما كان المباشر أوقع الفعل في المقتول أثر ذلك في استحقاقه فاستحق بالموت كالوارث [٧] .

١٩٣٨٨ - قالوا : أحد موجبي القتل فجاز أن يجعله المجروح للجارح أصله الذمي [٨] .

١٩٣٨٩ - قلنا : لما جاز أن يسلم الدية للوارث بالعفو جاز أن يسلم للقاتل ولما لم يجز أن يسلم المال للوارث لم يجز أن يسلم للقاتل .

* * *

(١) مراد المصنف أن البيع والإجارة قد يكونا وصية كمن باع وحابى في مرض الموت فهو جائز ومعتبر من الثلث . انظر : الهداية (٢٤٥/٤) .

(٢) انظر : النكت ورقة ١٧٩ .

(٣) في (م) : [جريان] .

(٤) انظر : المبسوط (١٨١/٢٧) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٦) انظر : المهذب (١٩٣/٢) .

(٧) انظر : تبيين الحقائق (١٨٢/٦) .

(٨) ساقطة من (ن) وفي (م) : [الذم] . انظر : المجموع (٤١٨/١٥) .

مسألة ٩٧٥

حكم إذا قدم الرجل ليقتل أو بارز عدوا أو ضرب الحامل الطلق

١٩٣٩٠ - قال أصحابنا : إذا قدم الرجل ليقتل أو بارز عدوا أو ضرب الحامل الطلق [١] فعطاياهم من الثلث .

١٩٣٩١ - وهو أحد قولي الشافعي [٢] .

١٩٣٩٢ - وقال في الإملاء : تكون عطاياهم من رأس المال [٣] .

١٩٣٩٣ - لنا [٤] : أن هذه أحوال الغالب فيها التلف فصار كحال المرض [٥] ، ولأن المرض على ضربين ضرب موجب كون العطاء من الثلث ، ومرض كحال الصحة وهو المرض الذي يتطاول ولا يخاف منه الموت كالفالج [٦] وجب [٧] أن يكون حال الصحة منقسمة منها ما يعتبر التصرف من الثلث كحال المرض ومنها ما يعتبر من رأس المال والمعنى فيها أنها إحدى حالتي الإنسان .

١٩٣٩٤ - احتجوا : لأنه صحيح الجسم فأشبه القائم في الصف والحامل في شهر وضعها [٨] .

١٩٣٩٥ - قلنا : هذه أحوال يجوز أن يحصل منها التلف وليس الغالب فيها ذلك وجواز التلف غير معتبر لأنه موجود في الصحيح وكذلك صحة الجسم لا معتبر به لأن

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [المطلق] والصحيح ما أثبتناه . الطلق : وجع الولادة ويسمى ذلك مخاضا قال الله تعالى : ﴿ فَأَجَآءَهَا ٱلْمَخَاضُ إِلَىٰ جِذْعِ ٱلنَّخْلَةِ ﴾ ومتى أخذها وجع الولادة فهي بمنزلة المريض . انظر : مختار الصحاح ٤٢٠ ، المبسوط (١٥٣/٢٧) .

(٢) انظر : المبسوط (١٥٣/٢٧) ، تبيين الحقائق (١٩٦/٦) ، الهداية (٢٤٤/٤) ، مجمع الأنهر (٦٩٦/٢) ، وبه قال الشافعي في أحد قوليه انظر : النكت ١٨٩ ، المهذب (٤٥٤/١) ، المجموع (٤٤٣/١٥) ، مغني المحتاج (٥٠/٣) وبه قال مالك وأحمد : انظر : حاشية الدسوقي (٤٤٢/٤ ، ٤٤٤) ، مواهب الجليل (٣٨١/٦) ، المغني لابن قدامة (٥٢٤/٦) ط دار الفكر ، كشاف القناع (٣٥١/٤) ، العدة ص ٢٨٦ .

(٣) انظر : النكت ورقة ١٨٩ ، المهذب (٤٥٤/١) ، المجموع (٤٤٣/١٥) ، مغني المحتاج (٥٠/٣) .

(٤) انظر : المبسوط (١٥٣/٢٧) ، تبيين الحقائق (١٩٦/٦) ، الهداية (٢٤٤/٤) ، مجمع الأنهر (٦٩٦/٢) .

(٥) انظر : العدة ص ٢٨٦ .

(٦) الفلج : داء يعرض في نصف البدن فيمنعه عن الحس والحركة الإرادية . انظر : مجمع الأنهر (٦٩٦/٢) .

(٧) انظر : مجمع الأنهر (٦٩٦/٢) . (٨) انظر : النكت ورقة ١٨٩ .

الحكم يتعلق بالغالب فيه الخوف ألا ترى أن مريض الجسم إذا لم يوجد فيه هذا المعنى كالصحيح وهو مفلوج ومن به سل متطاول [1] .

* * *

---

(١) انظر : تبيين الحقائق (١٩٦/٦) ، مجمع الأنهر (٦٩٦/٢) .

حكم إذا أعتق ثم أعتق

١٩٣٩٦ - [قال أصحابنا] :[1] إذا أعتق في مرضه ثم أعتق تحاص العبدان في الثلث وكذلك إذا أوهب ثم وهب[2] .

١٩٣٩٧ - وقال الشافعي : الأول أولى بالثلث[3] .

١٩٣٩٨ - لنا : أنهما تبرعان في حال المرض من الثلث كما أن ما يوجبه بعد الموت من الثلث فإذا كان ما يوجبه بعد موته من نوع واحد يستوي الأول والآخر كذلك هنا .

١٩٣٩٩ - ولأن تبرع المريض موقوف مراعى على حال الموت بدلالة أن ماله تملك لم يفقد تبرعه وإذا كان موقوفًا على الموت استوى المتقدم منه والمتأخر إذا كان من نوع واحد[4] .

١٩٤٠٠ - فإن قيل : المعنى في الوصايا أنه ملك الرجوع فيها فجاز أن يوجب الوصية للثاني فيشترك بينه وبين الأول . وفي مسألتنا لا يملك الرجوع عن العتق ولا عن الهبة فلذلك لا يملك الاشتراك بين الأول والثاني .

١٩٤٠١ - قلنا : ليس يمنع أن يملك الرجوع ويثبت في طريق الحكم بمقتضى إيجابه ما يؤدي إلى إسقاط حق الأول .

١٩٤٠٢ - ألا ترى أنه لو أعتق لم يملك الرجوع ولو أقر بدين بعد العتق قدم صاحب الدين على حق العتق / .

١٩٤٠٣ - ولو أوصى بالثلث فأراد الورثة أن يطلبوا لم يملكوا ذلك ولو شهدوا أنه

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ وأثبتناها تماشيًا مع سياق المصنف .

(٢) لقد دأب المصنف على ذكر الخلاف بين الحنفية إذا كان في المسألة خلاف ولكنه في هذه المسألة لم يذكر قول كل واحد منهم وكأن المسألة متفق عليها بين الحنفية والحقيقة غير ذلك فقد ذهب أبو حنيفة إلى أنهما يتحابان في الثلث ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : إن كان محابتين أو عتقين يبدأ بالعتق في الوجوه كلها ولا يحط شيء من القيمة عن المشتري إلا أن يفضل شيء من الثلث . انظر : المبسوط (٩/٢٨) ، بدائع الصنائع (٣٧٤/٧) ، تبيين الحقائق (١٩٧/٦) .

(٣) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٩ ، المهذب (٤٥٤/١) ، المجموع (٤٤٦/١٥) ، مغني المحتاج (٤٨/٣) .

(٤) انظر : تبيين الحقائق (١٩٦/٦) .

أوصى لأخر اشترك الموصى لهما في الثلث كذلك في مسألتنا .

١٩٤٠٤ - احتجوا : بأنهما عطيتان منجزتان معتبرتان من الثلث فإذا عجز الثلث عنهما كانت الأولى أولى بالثلث أصله إذا باع في مرضه وحابا ثم اعتق (١) .

١٩٤٠٥ - والجواب : أن الكلام بيننا وبينهم في الترجيح بالتقدم وهذا إنما يتصور في النوع الواحد فأما إذا اختلف التبرع جاز أن ينفرد أحدهما بالثلث لقوة الشيء في نفسه لا لمعنى يعود إلى التقديم .

١٩٤٠٦ - والمعنى في المحاباة أنها أقوى من العتق بدلالة أنها تتعلق بعقد معاوضة وذلك مما يتعلق بالاستحقاق والغير غير مستحق (٢) .

١٩٤٠٧ - ولأن المحاباة تجوز أن تلزم في حال المرض من جميع المال ألا ترى أن الصحيح إذا اشترى وحابا شرط الخيار للبائع فلزم البيع في مرض المشتري كان من جميع المال (٣) ولو علق في صحته عبده بشرط فوجد الشرط في حال المرض كان من الثلث (٤) وإذا كانت المحاباة أقوى من العتق ولها مزية التقديم كانت أولى (٥) .

١٩٤٠٨ - فإن قيل : العتق أقوى لأنه لا يلحقه فسخ ويبنى على الدابة وفيه حق الله تعالى (٦) .

١٩٤٠٩ - قلنا : نحن لا نبطل العتق وإنما يشتركان في المال الذي هو السعاية (٧) والسعاية يلحقها الفسخ ولا يتعلق بها حق الله تعالى فلم يصح ما قالوه .

* * *

(١) انظر : النكت ورقة ١٨٩ ، المجموع (٤٤٦/١٥) ، مغني المحتاج (٤٨/٣) .

(٢) انظر : المبسوط (٩/٢٨) .

(٣) انظر : تبيين الحقائق (١٩٦/٦) .

(٤) انظر : الهداية (١٩٢/٤) .

(٥) قال أبو حنيفة : المحاباة أقوى سببًا من العتق لأن سبب المحاباة التجارة فإن البيع بالمحاباة عقد تجارة حتى يجب للشفيع الشفعة في الكل والشفعة تختص بالمعاوضات دون التبرعات . انظر : المبسوط (٩/٢٨ ، ١٠) ، تبيين الحقائق (١٩٦/٦ ، ١٩٧) .

(٦) انظر : النكت ورقة ١٨٩ .

(٧) السعاية : يقال : سعى المكاتب في عتق رقبته سعاية أيضًا واستسعيت العبد في قيمته . انظر : مختار الصحاح ص ٣٢٢ .

حكم إذا أعتق ثم حابا

١٩٤١٠ – قال أبو حنيفة : إذا أعتق ثم حابا تحاصا في الثلث (١) .

١٩٤١١ – وقال الشافعي : العتق أولى (٢) .

١٩٤١٢ – لنا : أن المحاباة لو تقدمت لم يتقدم العتق عليها فإذا تأخرت مع تعلق حق الورثة لم يتقدم عليها كما لو أوصى بهما وقدمت ذكر أحدهما على ذكر الآخر (٣) ولأن كل ما لو تقدم على العتق في حال المرض لم يتقدم العتق عليه إذا تأخر عنه لم يتقدم عليه أصله الإقرار بالدين (٤) .

١٩٤١٣ – احتجوا بما ذكر في المسألة الأولى وقد أجبنا عنه (٥) .

* * *

(١) انظر : المبسوط (٩/٢٨) ، تبيين الحقائق (١٩٦/٦) ، الهداية (٤٧٩/١٠) ، (٢٤٥/٤) ، مجمع الأنهر (٧٠٦/٢) .

(٢) انظر : المجموع (٤٤٢/١٥) ، مغني المحتاج (٤٩/٣) ، نهاية المحتاج (٤٦/٥) الأنوار لأعمال الأبرار (٩٨/٢) .

(٣) انظر : المبسوط (٩/٢٨) ، مجمع الأنهر (٧٠٦/٢) .

(٤) أي أن الإقرار بالدين في المرض يكون من كل المال فيقدم على العتق ومن ثم لو أعتق وأقر بدين عليه قدم الدين على العتق . انظر : المبسوط (٩/٢٨) ، مجمع الأنهر (٧٠٦/٢) .

(٥) ما استدل به الشافعية مذكور في المسألة السابقة وكذا ما أجاب به الحنفية وهذه المسألة هي : إذا اعتق في مرضه ثم أعتق تحاصا في الثلث . انظر : المسألة السابقة .

مسألة ٩٧٣

الوصية إلى العبد وليس في الورثة كبير

١٩٤١٤ - قال أبو حنيفة : إذا أوصى إلى عبد وليس في ورثته كبير جازت الوصية[١] .

١٩٤١٥ - وقال الشافعي : [٢] لا يجوز .

١٩٤١٦ - لنا : قوله ﷺ : « لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر له لشيء يريد أن يوصي فيه يبيت ثلاث ليال إلا ووصيته عند رأسه » [٣] ولم يفصل بين أن يوصي إلى عبده أو إلى غيره .

١٩٤١٧ - ولأن كل مكلف جاز أن يكون وكيلًا في البيع جاز أن يكون وصيًا أصله الحر [٤] .

١٩٤١٨ - ولأنه مكلف فجاز الوصية إليه كالحر [٥] ولأن العبد يجوز تصرفه عليهم [بعد بلوغهم بأمرهم فجاز تصرفه] [٦] عليهم حال صغرهم بوصية أبيهم كالحر [٧] .

١٩٤١٩ - ولأنه يجوز تصرفه عليهم في حال حياة أبيهم بأمره فجاز تصرفه عليهم بعد موته بوصيته كالحر .

١٩٤٢٠ - ولا يلزم الفاسق لأن الوصية إليه جائزة ولو تصرف جاز ثم يخرجه

---

(١) انظر : مجمع الأنهر (٧١٩/٢) ، تحفة الفقهاء (٣٧٣/٣) ، الهداية (٢٥٩/٤) ، البناية شرح الهداية (٥٥٣/١٠) ، تبيين الحقائق (٢٠٧/٦) ، قال في المبسوط : « فإن كان الورثة صغارا كلهم فالوصية إليه جائزة ، ولا يجوز في قول أبي يوسف ومحمد وهو القياس ، وقيل : قول محمد ﷺ مضطرب مرة مع أبي حنيفة وتارة مع أبي يوسف . وبه قال مالك ، انظر : المدونة الكبرى (٢٨٧/٤) ، حاشية الدسوقي (٤٥٣/٤) وبه قال أحمد انظر : المغني (٦٠١/٦) ط دار الفكر ، كشاف القناع (٣٩٤/٤) .

(٢) انظر : النكت ورقة ١٨٩ ، المهذب للشيرازي (٤٦٣/١) ، المجموع شرح التهذيب (٥٠٨/١٥) ، نهاية المحتاج (٨١/٥) ، مغني المحتاج (٧٥/٣) ، الأنوار لأعمال الأبرار (٢٤/٢) .

(٣) رواه البخاري في صحيحه (٣٣٠/٥) ، ومسلم في صحيحه (١٢٤٩/٣ ، ١٢٥٠) .

(٤) انظر : تبيين الحقائق (٢٠٧/٦) . (٥) انظر : المبسوط ٢٨ / ٢٤ .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

(٧) انظر : المبسوط (٢٤/٨) ، تحفة الفقهاء (٣٧٣/٣) .

القاضي إذا ثبت حقه عنده للتهمة ، ولا يلزم إذا كان في الورثة كبار [١] لأن التعليل للشخص والشخص يجوز عندنا الوصية إليه وليس الكلام في أحوال الشخص وهذه حال من أحواله .

١٩٤٢١ - فلا يلزم .

١٩٤٢٢ - فإن قيل : المعنى في الحر أن الوصية إليه جائزة إذا كان في الورثة كبار ولما لم تجز الوصية إليه إذا كان في الورثة كبار ولم تجز إذا كانوا صغارا [٢] .

١٩٤٢٣ - قلنا : إذا كان فيهم كبار ملكوا صرفه عن التصرف ببيع ويستحيل أن يلي عليهم وصرفه بيدهم [٣] .

١٩٤٢٤ - فإن قيل : فإذا كانوا صغارا فالقاضي يلي من يبيعه إذا رأى ذلك مصلحة أو ظهر على الميت دين [٤] .

١٩٤٢٥ - قلنا : ولاية القاضي على الوصي لا تمنع جواز الوصية لأنه يلي على الأضرار ومع ذلك تجوز الوصية إليهم .

١٩٤٢٦ - ولأن العبد يستفيد الوصية من جهة الموصي ومن يلي عليه لا يملك عزله فصحت الوصية إليه كالحر [٥] .

١٩٤٢٧ - احتجوا : بأن من لا تجوز الوصية إليه إذا كان في الورثة بالغ لم تجز الوصية إليه إذا لم يكن فيهم بالغ كالمجنون [٦] .

١٩٤٢٨ - قلنا : الوصف غير مسلم لأنه يجوز أن يوصى إليه غير مولاه وإن كان ورثته كبارًا وإنما لا يجوز وصية مولاه إليه إذا كان الورثة كبارا والمعنى في المجنون أنه لا يجوز أن يتصرف على الصغار في حال حياة أبيهم بأمره فلم يجز بعد موته بوصيته والعبد بخلافه [٧] .

١٩٤٢٩ - قلنا : الأصل غير مسلم لأن العبد يكون وصيا عندنا على البالغين إذا كان الموصي غير المولى والمعنى فيه أنه أوصى إليه المولى وفي الورثة كبيران الوارث يملك

---

(١) انظر : المبسوط (٢٥/٢٨) ، تبيين الحقائق (٢٠٧/٦) ، الهداية (٢٥٩/٤) .

(٢) انظر : النكت ورقة ١٨٩ .

(٣) انظر : المبسوط (٢٤/٢٨ ، ٢٥) .

(٤) انظر : النكت ورقة ١٨٩ .

(٥) انظر : تبيين الحقائق (٢٠٧/٦) ، المغني (٦٠٢/٦) .

(٦) انظر : النكت ورقة ١٨٩ .

(٧) انظر : حاشية الدسوقي (٤٥٢/٤) .

صرفه عن الوصية ببيعه وهذا لا يوجد إذا كانوا صغارا أو بكون أن من حكم الموصى أن يلي على الورثة فيستحيل أن يلي على الكبار بالوصية ويكون عليه الملك وهذا لا يوجد في الصغار [١] .

١٩٤٣٠ – قالوا : ليس من أهل الشهادة عندكم ويصح وصية الذمي إليه في الصحيح الوجهين من والوجه الآخر باطل لأن من يلي بالنسب يجوز أن يلي بالوصية [٢] .

١٩٤٣١ – ولأن منع الشهادة لو أثر في الوصية أثر فيها نقصان الشهادة بالأنوثية [ألا ترى أن منح الشهادة بالرق إذا أثر في الميراث أثر نقصان الشهادة بالأنوثية] [٣] في نقصان الميراث وأصلهم الفاسق والوصية إليه جائزة ولو تصرف جاز وأما الصبي فليس من أهل الولاية والعبد من أهل الولاية بدلالة أنه يلي الجمعة وتجعل إليه إقامة الحدود .

١٩٤٣٢ – قالوا : الرق معنى يمنع ثبوت الولاية على ولده فجاز أن يمنع ثبوت الولاية [بالوصية على ولده كالحر .

١٩٤٣٣ – قلنا : لسنا نسلم ان الرق يمنع ثبوت] [٤] .

١٩٤٣٤ – الولاية على الولد لأن المكاتب يلي على ولده مع وجود الرق وإنما لا يلي العبد على ابنه إذا كان عبدا كما لا يلي الأب الحر عليه ولا يلي عليه إذا كان حرا لأنه لا يملك التصرف في حق غير المولى إلا بإذنه والولاء بالنسب لا يقف على إذن الغير والمعنى في المجنون ما قدمناه .

١٩٤٣٥ – قالوا : هذا التصرف إذا كان في حكم الوكالات جاز من الفاسق وإن كان في حكم الولايات فالعبد ليس من أهل الولايات [٥] .

١٩٤٣٦ – قلنا : يجوز التصرف بالوصية مع الفسق عندنا لأن الفاسق يخرجه القاضي [٦] نظرًا للصغار والميت لأنهم لا يقدرون على استدراك حقهم فأما الموكل فيقدر على استدراك حقه فلا يخرجه القاضي من الوكالة [٧] .

١٩٤٣٧ – وأما قولهم : إن العبد ليس من أهل الولايات فإن قالوا أنه لا يلي بحال لم نسلم ذلك لأنه يلي إقامة الجمعة ويوليه الإمام إقامة الحدود وإمارة السرايا وقسمة

---

(١) انظر : تبيين الحقائق (٢٠٧/٦) . (٢) انظر : النكت ورقة ١٨٩ .
(٣ ، ٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م ، ن ، ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٥) انظر : النكت ورقة ١٨٩ . (٦) في (م) : [العاصي] .
(٧) انظر : المبسوط (٢٤/٨) ، تحفة الفقهاء (٣٧٣/٣) .

الصدقات والخمس وجباية الزكاة [1] وأن كان قد قال أن لا يلي في جميع الأشياء بعال ذلك بالمرأة فإنها لا تلي الإمامة اتفاقا ولا تلي القضاء عندهم .

١٩٤٣٨ - وعندنا لا تلي القضاء إلا فيما لا تقبل شهادتها فيه ومع ذلك تصح الوصية إلى عبد الغير فإذا أذن له فسولاه في التصرف جاز تصرفه [2] .

١٩٤٣٩ - ولأن المعنى فيه أن الموصي صرف منافع عبد غيره إلى مصالح ولده كما لا يملك أن يستخدمه .

١٩٤٤٠ - ولا يجوز أن يقف ذلك على إذن مولاه لأن تصرف الوصي لا يقف نفوذه على أذن غير الموصي وأما عبد نفسه فيملك صرف منافعه إلى مصالح ولده ولا يملكون عزله عن الولاية فجازت الوصية إليه [3] .

١٩٤٤١ - قالوا : إن كان كذلك فقد صرف منافع عبده إلى ورثته فكأنه أوصى لهم بمنافعه [4] .

١٩٤٤٢ - قلنا : الوصية للوارث لا تجوز إذا خصَّ بها بعض الورثة وهاهنا صرف المنافع إلى جماعتهم بقدر استحقاق كل واحد منهم فلم تلحقه تهمة في ذلك فجاز [5] .

* * *

(١) انظر : الهداية (١٥٩/١) .

(٢) انظر : المغني (٦٠٢/٦) .

(٣) انظر : الهداية (٢٥٩/٤) .

(٤) انظر : النكت ورقة ١٨٩ .

(٥) انظر : البناية (٥٥٣/١٠) .

حكم الوصية للفاسق

١٩٤٤٣ - قال أصحابنا : إذا أوصى إلى فاسق صحت الوصية فإن تاب وأصلح قبل موت الموصي أو بعد موته قبل إخراج القاضي إياه كان وصيا بحاله وإن لم يتب أخرجه [١] .

١٩٤٤٤ - وقال الشافعي : يعتبر أن يكون عدلا عند الوصية [٢] .

١٩٤٤٥ - لنا : أنه يصح أن يكون وكيلًا فجاز أن يكون وصيا كالعدل [٣] ولأنه تصرف خاص مستفاد بأمر كالوكالة [٤] .

١٩٤٤٦ - ولأنه لا يجوز أن يتصرف لهم حال حياة أبيهم بأمره فجاز بعد موته كالعدل .

١٩٤٤٧ - [احتجوا : بأنه لا يجوز أن [٥] ينصرف إقراره على الوصية فلا يجوز الوصية إليه كالمجنون [٦]] [٧] .

١٩٤٤٨ - قلنا : الضعيف لا يقر على الانفراد بالتصرف والوصية إليه جائزة والمجنون .

١٩٤٤٩ - لا يجوز أن يتصرف في حال حياة الميت بأمره والفاسق بخلافه [٨] .

---

(١) انظر : المبسوط (٢٥/٢٨) ، تبيين الحقائق (٢٠٦/٦ ، ٢٠٧) ، الهداية (٢٥٨/٤) ، البناية (٥٥١/١٠) ، مجمع الأنهر (٧١٩/٢) ، تحفة الفقهاء (٣٦٧/٣) وبه قال الخرقي من الحنابلة انظر : المغني (٦٠٤/٦) ، العدة صـ ٣٠١ .

(٢) انظر : المهذب (٤٦٣/١) ، المجموع ٥١٣ ، مغني المحتاج (٧٥/٣) ، نهاية المحتاج (٨٠/٥) الأنوار لأعمال الأبرار ص ٢٤ وبه قال مالك وأحمد في الصحيح من المذهب انظر : حاشية الدسوقي (٤٥٢/٤) ، المغني (٦٠٤/٦) ، العدة ص ٣٠١ .

(٣) انظر : العدة ص ٣٠١ ، ونوقش هذا : بأن الفاسق يجوز إقراره على التوكيل ولا يجوز على الوصية والعدل من أهل الشهادة وهذا بخلاف . انظر : النكت ورقة ١٩٠ .

(٤) انظر : الهداية (١٣٦/٣) ، الاختيار (٢١٦/٢) .

(٥) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٦) انظر : النكت ورقة ١٨٩ .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٨) انظر : المغني (٦٠٥/٦) .

١٩٤٥٠ - قالوا : ولاية في حق الغير فلا تثبت مع الفسق كولاية الأب على المال [1] .

١٩٤٥١ - قلنا : الأصل غير مسلم لأن تصرف الأب الفاسق بالولاية جائز إلى أن يخرجه القاضي كما يجوز تصرف الوصي الفاسق ولا فرق بينهما .

* * *

(١) انظر : مغني المحتاج (٧٥/٣) .

مسألة ٩٧٥

حكم إذا ترك الميت وارثًا صغيرًا أو كبيرًا فباع الوصي نصيبهما

١٩٤٥٢ - قال أبو حنيفة [ﷺ] [١] إذا ترك الميت وارثًا صغيرًا وكبيرًا فباع الوصي نصيبهما جاز وكذلك إن كان على الميت دين غير مستغرق فباع الجميع وإن كان قد أوصى بالثلث فباع الجميع [٢] .

١٩٤٥٣ - قال أبو يوسف ومحمد لا يجوز أن يبيع إلا نصيب الصغير وقدر الدين والثلث دون غيره .

١٩٤٥٤ - وبه قال الشافعي [٣] .

١٩٤٥٥ - لنا : أن الوصي إذا جاز له بيع بعض التركة جاز له بيع جميعها أصله إذا كان الوارث صغيرًا والدين مستغرقًا ، ولأنه قام مقام الميت والميت كان يملك بيع جميع التركة كذلك وصيه يجوز أن يملك ذلك بإطلاق الوصية [٤] .

١٩٤٥٦ - ولا يلزم وصي الأم لأنه قد يملك عندنا بيع جميع التركة إذا كانت عروضًا ، ولأنه مال لا يجوز بيعه في دين مستغرق كالرهن [٥] .

١٩٤٥٧ - ولأن في تبعيضه / ضرر بالمال وفي جمعه توفير له ومن حق الميت ما صح في التركة لجواز أنه يظهر عليه ديون والوصي يتصرف لحقه فما كان أوفى جاز [٦] .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص)

(٢) انظر : المبسوط (٣٤/٢٨) ، تبيين الحقائق (٢١٢/٦ ، ٢١٣) ، مجمع الأنهر (٧٢٦/٢) ، الهداية (٢٦٤/٤) .

(٣) ساقطة من (ص) وبه قال أبو يوسف ومحمد من الحنفية انظر : (٣٤/٢٨) ، تبيين الحقائق (٢١٢/٦) ، النكت ورقة ١٩٠ ، المهذب (٤٦٣/١) ، المجموع (٥١٤/١٥) ، مغني المحتاج (٢٧٣/٣) ، نهاية المحتاج (١٠٣/٦) . وبه قال مالك وأحمد : يجوز ذلك في الصغير دون الكبير انظر : المدونة الكبرى (٤٨٨/٤) ، حاشية الدسوقي (٤٥٣/٤) ، الخرشي على مختصر خليل (٤٣٤/٥) ، مواهب الجليل (٣٩١/٦) ، انظر : المغني (٥٩٩/٦) ، كشاف القناع (٤٠١/٦) .

(٤) انظر : تبيين الحقائق (٢١٢/٦) ، مجمع الأنهر (٧٢٦/٢) نوقش هذا بأن الميت يملك بيع الجميع من غير حاجة والوصي لا يملك ولأنه قام مقام الميت في حق الصغير دون الكبير والميت لا يملك بيع مال الكبير فلا يملك الوصي . انظر : النكت ورقة ١٩٠ .

(٥) انظر : الهداية (١٥٤/٤) .

(٦) انظر : المبسوط (٣٥/٢٨) ، مجمع الأنهر (٢٧٦/٢) ، الهداية (٢٦٤/٤) .

١٩٤٥٨ - احتجوا : بأنه مال رشيد فلا يجوز بيعه بغير إذنه أصله مال الدين لم يرثه .

١٩٤٥٩ - قلنا : يبطل بيع الحاكم مال الديون وبيعه الرهن [١] .

١٩٤٦٠ - فإن قالوا : هناك باع للغرماء [٢] .

١٩٤٦١ - قلنا : بل يبيع الديون ويملك الثمن ويقبضه من ملكه ولأن الرهن يبيعه القاضي وما زاد على الدين يدفعه إلى الراهن [٣] وإن جاز البيع بغير إذنه والمعنى فيما سوى التركة أن الموصى لا يملك حفظه فلم يملك بيعه وكما ملك حفظه نصيب الكبير بأمر من هو على حكم ملكه ملك بيعه أيضًا

١٩٤٦٢ - قالوا : لا ولاية للوصي على الكبير ولا يجوز له بيع ماله كالأجنبي [٤] .

١٩٤٦٣ - [قلنا : الأجنبي ليس قائم مقام من المال على حكم ملكه فملك التصرف فيه بحقه] [٥]

١٩٤٦٤ - قالوا : لو بلغ الصغير [فباع جميع المال] [٦] لم يجز والتصرف بالملك أقوى من التصرف بالولاية .

١٩٤٦٥ - قلنا : ليس كذلك لأن التصرف بالملك يخص نصيب المالك والتصرف بالوصية لأحد النصيبين لا يرتفع لحق الميت وحقه متعلق بالجميع .

* * *

(١ ، ٢) انظر : النكت ورقة ١٩٠ .

(٣) انظر : تبيين الحقائق (٢١٢/٦) ، المبسوط (٣٤/٨) .

(٤) انظر : النكت ورقة ١٩٠ .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) .

حكم إذا مات الموصى له قبل القبول

١٩٤٦٦ - [قال أصحابنا] : [(١)] الملك في الوصايا ينتقل بالموت والقبول إلا في مسألة واحدة وهي إذا مات الموصى له قبل القبول [(٢)] .

١٩٤٦٧ - وللشافعي : قولان معروفان أحدهما أنه يملك بالموت والقبول فإذا قبل ملك بالموت والقول الآخر الملك مراعى [(٣)] .

١٩٤٦٨ - فإن قيل : بينا أنه كان ملكها بالموت ومتى ردها بينا أنه مالكها بالموت وحكى ابن عبد الحكم قولًا ثالثًا وهو أن يملك بالموت فيدخل في الملك الموصى له كما تدخل التركة في ملك الوارث .

١٩٤٦٩ - فإن قيل : استغرق ملكه وإن رد انقطع ملكه ودخل في ملك الورثة [(٤)] .

١٩٤٧٠ - لنا : أنه تمليك بعقد فافتقر إلى القبول كالتمليك بالبيع [(٥)] ولأن هذا العقد قبل القبول لا يعتق به أخوه عليه فلا يقع به الملك أصله إيجاب البيع [(٦)] ولأنه عقد يبطل بالرد فافتقر إلى قبول كالبيع والهبة [(٧)] .

١٩٤٧١ - ولا يلزم إذا مات الموصى له قبل القبول لأن التعليل تمليك للعقد في الجملة لأحواله [(٨)] ولأن هناك القول معتبر إلا أنه وجد ما قام مقامه وهو أن العقد من جهة الموصى له بموته يتم العقد به كموت من شرط له الخيار [(٩)] .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ وما ثبتناه تماشيًا مع سياق المصنف .

(٢) انظر : المبسوط (٤٨/٢٨) ، تبيين الحقائق (١٨٤/٦) ، الهداية (٢٣٣/٤ ، ٢٣٤) ، مجمع الأنهر (٦٩٣/٢) . وبه قال مالك انظر : المدونة الكبرى (٢٩٦/٤) ، حاشية الدسوقي (٢٢٤/٤) .

(٣) في (ن) : [مراعا] .

(٤) انظر : المهذب (٤٥٢/١) ، المجموع (٤٣٤/١٥) ، مغني المحتاج (٥٤/٣) ، نهاية المحتاج (٦٣/٦) .

(٥) انظر : الهداية (٢٣٤/٤) ، الاختيار (١٣١/٤) .

(٦) انظر : المبسوط (٤٨/٢٨) .

(٧) انظر : تبيين الحقائق (١٨٤/٦) ، الهداية (٢١/٣) .

(٨) انظر : الاختيار (١٣١/٤) .

(٩) انظر : المبسوط (٤٨/٢٨) ، الهداية (٢١/٣) ، تبيين الحقائق (١٨٤/٦) ، الاختيار (١٣١/٤) .

١٩٤٧٢ – احتجوا : [بأنه حر يملكه] [(١)] بالموت فلا يفتقر إلى قبول كالميراث [(٢)] .

١٩٤٧٣ – قلنا : الميراث لما لم يفتقر إلى قبول لم يبطل بالرد وإنما [(٣)] بطلت الوصية بالرد لأنه افتقر عقدها إلى القبول [(٤)] .

١٩٤٧٤ – قالوا : لو افتقرت إلى القبول ملكها به فكأن الموصي ملكه بعد موته [(٥)] .

١٩٤٧٥ – قلنا : سبب الملك وجد من الموصي في حياته فيصير كمن باع وشرط الخيار للمشتري ثم قال البائع وأجاز المشتري استقر ملكه بالبيع السابق الذي حصل في حال حياة البائع .

١٩٤٧٦ – قالوا : لو زال ملك الميت بالموت ولم يدخل في ذلك الموصى له صار ملكا لا مالك له [(٦)] .

١٩٤٧٧ – قلنا : هذا عندنا غير ممتنع كالبيع المشروط فيه الخيار للمشتري وكما نقول جميعًا في عبيد الكعبة .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٢) انظر : نهاية المحتاج (٦٧/٦) ، مغني المحتاج (٥٤/٣) .
(٣) ساقطة من (ن) .
(٤) انظر : الاختيار (١٣١/٤) .
(٥) انظر : مغني المحتاج (٥٤/٣) ، المهذب (٤٥٢/١) .
(٦) انظر : المهذب (٤٥٢/١) ، مغني المحتاج (٥٤/٣) .

حكم انفراد أحد الوصيين بالتصرف

١٩٤٧٨ - قال أبو حنيفة ومحمد : لا يجوز لأحد الوصيين أن ينفرد بالتصرف إلا فيما في تأخيره ضرر ككفن الميت وطعام الصغير وكسوته ومالا يفتقر إلى الرأي كرد وديعة وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه وقضاء دين وبالخصومة (١) .

١٩٤٧٩ - وقال الشافعي : لا يجوز في هذه الأشياء ولا في غيرها (٢) .

١٩٤٨٠ - لنا : أن الموصي يقصد بوصيته نفع الصغير وفي انتظار كل واحد منهما لصاحبه في ابتياع الطعام ضرر وهو لا يقصد ذلك فكأنه أمر بالاجتماع إلا فيما يضر بالأولاد ولا يلزم الوكيلان إذا غاب أحدهما وخشي الآخر الضرر في ترك البيع (٣) .

١٩٤٨١ - لأن الموكل يقدر على استدراك حقه عنه (٤) خشية الضرر والموصي بعد الموت والصغير لا يقدر على ذلك ولأن أمر الموصي فيما يؤدي إلى إلحاق الضرر بالصغير يسقط حكمه ويجب تغييره أصله إذا أوصى إلى ضعيف أو فاسق وفي انتظار اجتماعهما ضرر سقط اعتباره وليس كذلك الوكيلان لأن أمر الموكل معتبر وإن أضربه كما لو وكل فاسقًا أو ضعيفًا (٥) .

١٩٤٨٢ - ولأنه لو أفرد التصرف من يستضر الصغير بإفراده سقط حكم إفراده ووجب ضم غيره إليه كذلك إذا اجتمع في التصرف من يستضر الصغير باجتماعه يجوز أن ينفرد (٦) ، ولأن تسليم وديعة بعينها وتنفيذ وصية بعينها وعتق رقبة بعينها لا يفتقر

---

(١) لا خلاف بين الحنيفة في أنه إذا أوصى لكل واحد منهما بعقد على حدة جاز لكل واحد منهما أن ينفرد بالتصرف وإنما الخلاف بينهم إذا أوصى لهما بعقد واحد فعند أبي حنيفة ومحمد لا يجوز لأحدهما أن يتصرف دون الآخر ، وقال أبو يوسف : يجوز لكل واحد منهما أن ينفرد بالتصرف . انظر : المبسوط (٢٠/٢٨) ، تبيين الحقائق (٢٠٨/٦) ، مجمع الأنهر (٧٢١/٢) ، الاختيار (١٣٤/٤) ، ، الهداية (٢٦٠/٤) .

(٢) انظر : النكت ورقة ١٩٠ ، المهذب (٤٦٣/١) ، المجموع (٥١٣/١٥) ، مغني المحتاج (٧٧/٣) نهاية المحتاج (١٠٧/٦) .

(٣) انظر : المبسوط (٢١/٢٨) ، تبيين الحقائق (٢٠٩/٦) ، مجمع الأنهر (٧٢١/٢) ، الهداية (٢٦٠/٤) .

(٤) في (ن) : [عند] .

(٥) انظر : المبسوط (٢١/١٩) ، تبيين الحقائق (٢٠٩/٦) .

(٦) انظر : المبسوط (٢١/٢٩) .

إلى الرأي وإجماع الاثنين شرط فيما لا يفتقر إلى الرأي [١] .

١٩٤٨٣ – وعلى هذا قالوا : في الوكيلين بالطلاق والعتاق أن كل واحد يوقع لأن الإيقاع لا يختلف أن حكمه بالإجماع والانفراد ولأن صاحب الدين إذا وجد جنس حقه جاز له أخذه وصاحب الوديعة إذا أخذها بنفسه جاز فإذا كان كذلك ففعل أحد الوصيين أولى أن يجوز .

١٩٤٨٤ – احتجوا : بأنه أشرك بينهما في النظر فلا يجوز لأحدهما أن ينفرد كالوكيلين .

١٩٤٨٥ – قلنا : إذا وكل اثنين فيما لا يختلف باختلاف الرأي جاز لأحدهما أن ينفرد به كالخصومة وفي مسألتنا مثله [٢] ، فأما إذا وكلهما بالبيع فاجتماعهما لا يؤدي إلى الضرر وإن خيف الضرر أمكن استدراك ذلك من جهة الموكل فجاز أن ينفرد أحد [ ] [٣] الاثنين بذلك .

١٩٤٨٦ – لأن الوكيل الضعيف ينفرد بالتصرف لأن الموكل يقدر أن يستدرك حقه بتصرفه بخلاف الوصي الضعيف لأن الموصي لا يقدر على استدراك حقه [٤] .

١٩٤٨٧ – قالوا : السبب الذي ملك الموصى به التصرف في الستة أشياء هو الذي ملك به التصرف في كيفية الأشياء ، فيجب أن يستويا [٥] .

١٩٤٨٨ – قلنا : السبب واحد لكن حكم المملوك بالسبب مختلف فاختلف الحكم باختلافه لا باختلاف السبب كما أن الحاكم ملك الولاية بسبب واحد على جميع الناس ويجوز حكمه على أبيه وولده لا يجوز حكمه لهم وفي الأجانب يحكم لهم وعليهم فاختلف الحكم باختلاف المحكوم له وإن اتفق السبب الذي ملك الحكم به في الجماعة [٦] .

* * *

---

(١) انظر : تبيين الحقائق (٢٠٩/٦) مجمع الأنهر (٧٢١/٢) .

(٢) انظر : المبسوط (٢١/٢٨) تبيين الحقائق (٢٠٩/٦) .

(٣) بياض في (ص)

(٤) انظر : النكت ورقة ١٩٠ .

(٥) انظر : تبيين الحقائق (٢٠٩/٦) المبسوط ٢٨

(٦) انظر : المبسوط (٢٢/٢٨) .

مسألة ٩٧٨

وصي الأب أولى بالتصرف من الجد

١٩٤٨٩ - قال أصحابنا : وصي الأب أولى بالتصرف من الجد [١] .

١٩٤٩٠ - وقال الشافعي : الجد أولى بالتصرف من الوصي [٢] .

١٩٤٩١ - لنا : أن الوصي متصرف بأمر الأب فكان أولى بالتصرف من الجد كوكيل الأب [٣] .

١٩٤٩٢ - ولأن تصرف الأب مقدم على تصرف الجد فوصى الأب مقدم عليه كالحاكم لما تقدم الأب عليه عدم وصيته عليه [٤] .

١٩٤٩٣ - احتجوا : بأن الوصي يلي بتوليه والجد يلي بغير تولية فصار كالحاكم والجد [٥] .

١٩٤٩٤ - قلنا : الجد يتقدم على الحاكم لأنه يقوم مقام الأب كذلك الوصي يقوم مقام الأب فيتقدم على الجد كما يتقدم على الأب

١٩٤٩٥ - قالوا : الجد يتصرف بقرابة وتعصيب والوصي بتفويض فصار كالحاكم .

١٩٤٩٦ - قلنا : الوصي يتصرف بتفويض إلا أنه تفويض الأب فقام مقام الأب فيقوم مقام الجد والحاكم بتصرف بتفويض الإمام والجد مقدم على الإمام فكذلك الحاكم .

* * *

(١) انظر : مجمع الأنهر (٧٣٦/٢) ، الهداية (٢٦٤/٤) ، الاختيار (١٣٦/٤) ، تبيين الحقائق (٢١٣/٦) .

(٢) انظر : النكت ورقة ١٧٩ ، نهاية المحتاج (١٠٥/٦) ومغني المحتاج (٧٦/٣) .

(٣) انظر : الهداية (٢٦٤/٤) ، الاختيار (١٣٦/٤) .

(٤) انظر : تبيين الحقائق (٢١٣/٦) ، مجمع الأنهر (٧٢٦/٢) .

(٥) انظر : النكت ورقة ١٩٠ .

مسألة ٩٧٩

حكم إذا أوصى لرجل في بعض أمره

١٩٤٩٧ – قال أبو حنيفة : إذا أوصى إلى رجل في بعض أمره كان وصيًا في جميع أموره (١) .

١٩٤٩٨ – وقال الشافعي يكون وصيًا فيما فوض إليه خاصة (٢) .

١٩٤٩٩ – لنا : أنه يتصرف في ماله بالوصية فجاز أن يتصرف في عموم المال . أصله إذا أطلق الأمر فقال : أوصيت إليك جاز أن يتصرف في مال الآمر وفيما استفاده الصغير من الأموال بعد موت الموصي (٣) ، ولأن تصرف الموصي لو جاز أن يختص ببعض الأشياء لم تجز الوصية بلفظ مطلق كالوكالة (٤) فلما جاز أن تثبت الوصية بقوله : أوصيت إليك علمنا أنها لا تنحصر .

١٩٥٠٠ – ولا تلزم المضاربة لأنها لا تصح إلا بعد تخصص اللفظ وهو أن يقول دفعت إليك هذا المال مضاربة بالنصف (٥) .

١٩٥٠١ – ولأن تصرف الوصي لو اختص بما خص به ولزم القاضي أن ينصب للصبي وصيا في بقية ماله وتصرف الأمين الذي رضي به الميت أولى من تصرف أمين لم يرض به (٦) .

١٩٥٠٢ – [فإن قيل : أوصى إلى رجل في بعض ماله ولآخر في بعض ماله فلم يثبت التصرف لمن لم يرض الموصي به] (٧) .

---

(١) قلنا : ما ذكره المصنف هنا منقول عن أبي يوسف ومحمد أيضًا – قال في المبسوط : « وإذا أوصى إلى رجل بماله فهو وصي في ماله وولده وسائر أسبابه عندنا فالمسألة ليس فيها خلاف في المذهب والذي دعانا إلى هذا أن المصنف دأب على أنه إذا نص على كلام أبي حنيفة كان الصاحبان مخالفين له انظر : المبسوط (٢٦/٢٨) ، المنتقى (٧٢٠/٢) .

(٢) انظر : المهذب (٦٤٣/١) ، نهاية المحتاج (١٠٧/٦) ، مغني المحتاج (٧٧/٦) ، وبه قال مالك وأحمد انظر : حاشية الدسوقي (٤٥١/٤) ، مواهب الجليل (٣٨٨/٦) ، المغني (٥٩٩/٦) ط دار الفكر ، كشاف القناع (٣٩٨/٤ ، ٣٩٩) .

(٣) انظر : الهداية (٢٦٣/٤) وما بعدها .

(٤) انظر : الاختيار (٢١٦/٢) .

(٥) انظر : الاختيار (٢٦٧/٢) .

(٦) انظر : المبسوط (٢٦/٢٨) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

١٩٥٠٣ - قلنا : إذا خصَّ لكل واحد شيئًا فلابد من بقاء تصرف لم يجعله إلى كل واحد منهما فيؤدي إلى ما قلناه .

١٩٥٠٤ - فإن قيل : يجوز أن يوصي إلى أحدهما في أمر خاص وإلي آخر في بقية الأشياء كلها .

١٩٥٠٥ - قلنا : إذا ثبت لنا في الموضع الذي ذكرناه ثبت هذا لأن أحدًا لم يفصل بينهما ولأن من ملك التصرف بموت الأب لم يتخصص تصرفه بمال دون مال كالجد [١] .

١٩٥٠٦ - ولأن تصرف الأب ينتقل بعد موته في المال والنكاح ثم كان من انتقل إليه التصرف في المال ولأن تصرف الوصي بولاية بدلالة أنه يتصرف مع بطلان أمر الأب ولو كان تصرف من طريق الأمر لم يجز تصرفه مع انقطاع الأمر كالوكيل [٢] .

١٩٥٠٧ - فإن قيل : إنما انقطع / الأمر في الوكالة بالموت لأن العقد وقع على التصرف مع الحياة فإذا انقطع بالموت لم يمنع أن يكون العقد الذي ابتدأه بعد الموت لا يبطل وإن تعلق بالأمر كما أنه لو قال لعبده إن دخلت الدار فأنت حر ثم مات فدخل لم يعتق ، ولو قال : إذا مت فأنت حر لم يبطل هذا القول بالموت لأنه أوجبه ابتداء بعد الموت ، وكذلك لو جعل لغيره سكن داره عشر سنين يطلق ذلك بموته ولو جعل له سكناها بعد موته سننا مسماة جاز لأنه ابتداء الإيجاب بعد ذلك في مسألتنا [٣] .

١٩٥٠٨ - قلنا : هذا يبطل بمن قال : جننت فبع مالي لم يجز تصرفه بعد الجنون كما لو أطلق الوكالة فجن بطلت [٤] ثم لم يجز أن يقال لما علق الوكالة يبلد المال صح التصرف فبطل أن تكون الوصية إنما جازت لأن ابتداء إيجابها بعد الموت إذا لو كان يجوز التصرف بأمره في حالة الأمر .

١٩٥٠٩ - لأنه ابتداء الإيجاب في تلك الحال لزم مثله في الجنون فأما التمييز

---

(١) قال في المبسوط : « وكما أن تصرف الجد لا يختص بنوع دون نوع لأنه قائم مقام الأب عند عدمه كذلك تصرف الوصي فيما يقبل النقل إليه » انظر : المبسوط (٢٨/٢٦) .

(٢) انظر : المبسوط (٢٨/٢٦) .

(٣) انظر : النكت ورقة ١٩٠ .

(٤) هذا إذا كان الجنون جنونا مطبقا وذلك لأن من شرط الوكالة الأهلية وبالجنون تبطل الأهلية ، وأما لو جن يوما وأفاق يوما لا يبطل لأنه في معنى الإغماء لأنه عجز يحتمل الزوال كالعجز ، وبالنوم وعن أبي يوسف لا ينعزل حتى يجن أكثر السنة ، لأنه متى دام كذلك لا يزول غالبا فصار كالموت وعن محمد سنة وهو الصحيح لأنه إن كان لعلة أو مرض يزول أو يتغير في سنة لاشتمالها على الفصول الأربعة من حرارة الهواء وبرودته ويبوسته ورطوبته فإذا لم يزل فالظاهر دوامه انظر : الاختيار (٢٢٦/٢) .

والتدبير والوصية بالسكنى فلم يختلف الحكم فيها لما ذكروه ، لكنه إذا مات انتقل الملك في العبد والدار إلى ورثته فلم يجز أن يعتق [(١)] بثمنه وهو على ملك غيره [(٢)] ولم يجز تبقية الحق في السكنى مع انتقال الملك في الرقبة فلذلك بطلا ، وأما إذا دبر و أوصى فالسكنى إنما تصح بعد الموت [(٣)] .

١٩٥١٠ - لأن قوله : منع ذلك في مال ورثته قبض على حكم ملكه فجاز أن ينفذ ايجابه فيه بعد مماته كما ينفذ في حياته وإذا ثبت أن تصرف الوصي من طريق الولاية لم يتبعض في بعض المال دون بعض كتصرف الأب والجد [(٤)] .

١٩٥١١ - ولأنه ملك التصرف بولاية منقولة فلم يتعلق ببعض المال دون بعض كالجد [(٥)] .

١٩٥١٢ - فإن قيل : القاضي يتصرف من طريق الولاية [(٦)] .

١٩٥١٣ - قلنا : لا يختص ببعض المال دون بعض ولأن ولايته ليست منقولة لأن ولاية الإمام الذي ولاه باقية بحالها ولأن القاضي يشهد لقولنا لأنه لما جاز أن يختص تصرفه لم يملك التصرف بمطلق اللفظ حتى يختص له . ألا ترى أنه لا يصح أن يستقضي حتى يبين له في بلد كذا أو في موضع كذا [(٧)] .

١٩٥١٤ - فإن قيل : الوصية تختص باتفاق لأن أحد الوصيين لا يملك التصرف دون الآخر [(٨)] .

١٩٥١٥ - قلنا : هذا ليس بتخصيص وإنما هو بتبعض الولاية كما يتبعض تصرف الأبوين إذا ثبت نسب الواحد منهما وكذلك تصرف الجد به [(٩)] .

١٩٥١٦ - [فإن قيل : قد تقع الوصية خاصة إذا قال : أوصيت إلى فلان إلى أن يكبر ولدي .

---

(١) ساقط من (ن) .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (٣٣٤/٧) .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (٣٥٢/٧) .

(٤) انظر : المبسوط (٢٦/٢٨) .

(٥) انظر : المبسوط (٢٦/٢٨) .

(٦) اعتراض للمخالف على قياس المصنف بأن العلة تبطل بولاية القاضي والأب والجد يتصرفان من جهة الحكم فهو كالملك بالإرث والوصي يتصرف بالأمر فاختص بما تناوله الأمر كالملك .

(٧) انظر : الهداية (١٠٢/٢) .

(٨) انظر : النكت ورقة ١٩٠ .

(٩) انظر : الهداية (٢٦٠/٤) .

١٩٥١٧ – قلنا : إن تبين أن ابنه وصيه بعد ذلك جاز . لأنا نجعله وصيًّا فيما لم يسلم الأول . لأن الموصي وصى به واختاره فهو أولى ممن لم يرض به . وهاهنا الرضا يحصل بالأمور وإن الرضا عن الوصي فكان الذي رضي به أولى ممن لم يقع به الرضا .

١٩٥١٨ – احتجوا : بأنه تصرف مستفاد بالعقد فوجب أن يكون مقصودًا على ما عقد عليه . أصله التوكيل .] [1]

١٩٥١٩ – قلنا : لا نسلم الوصف لأن العقد أثر في نقل الولاية إليه [ثم التصرف بحكم الولاية] [2] لا بحكم العقد وهذا كمن لا يعرف له نسب إذا أقر بأب ثم مات ملك أبوة التصرف ليس بمقتضى الإقرار ولكن بإقراره صار جَدًّا فملك التصرف بذلك [3] .

١٩٥٢٠ – والمعنى في الوكيل أن تصرفه لما اختص بما سمى له لم يجز تصرفه بمطلق الوكالة حتى يتعين له ما تتناوله الوكالة [4] ولما جاز تصرف الوصي بمطلق الوصية وإن لم يبين له ما يتصرف فيه دل على أن تصرفه لا يختص يبين ذلك أن الوكيل بالوكالة لا يملك أن يتصرف في غير مال الموكل والوصي يجوز تصرفه بالوصية في غير ملك الموكل وهو ما ملكه الصبي من غير الأب [5] .

١٩٥٢١ – قالوا : تصرف مستفاد بإذن آدمي أو تصرف استفاد بتولية آدمي فوجب أن يكون مقصورا على موضوع الإذن كالوكيل [6] .

١٩٥٢٢ – قلنا : الوكيل لما سكت عن التوكيل يقدر الموكل على استدراك حقه منه بأن يتصرف بنفسه أو يوكل ولهذا لا يجوز للقاضي نصب من يتصرف فيه فكذلك نقض تصرفه فأما الوصي لما سكت لا يقدر الموصي على استدراك حقه فيه فلابد للقاضي من اختيار ثقة أمين مطلع وهذه الصفات موجودة في الوصي ومعها اختيار الميت فكان أولى .

* * *

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٣) انظر : الهداية (١٩١/٣) وما بعدها الاختيار (١٩٠/٢) .

(٤) انظر : المبسوط (٢٦/٢٨) .

(٥) انظر : الهداية (٢٦٣/٤) وما بعدها .

(٦) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٩٠ .

إقامة الموصى له مقام الوصي في حقوق الصغار

١٩٥٢٣ - قال أصحابنا : للموصي أن يوصي ويقوم وصيه مقامه في حقوق الصغار [١] .

١٩٥٢٤ - وقال الشافعي : ليس للوصي أن يوصي بمطلق الوصية فإن قال له الموصي : إذا حضرك الموت فرد الوصية إلى من ترى .

١٩٥٢٥ - قالوا : فيه قولان : أحدهما : له أن يوصي ، والآخر : ليس له أن يوصي [٢] .

١٩٥٢٦ - لنا : أنا قد دللنا على أنه يتصرف بولاية وكل تصرف بولاية خاصة يملك أن يوصي كالأب والجد [٣] ولا يلزم القاضي لأن ولايته عامة [٤] .

١٩٥٢٧ - ولا يقال : أن الأب والجد لا يتهمان في حق الصغير والوصي متهم لأن هذا المعنى لم يمنع مساواة الموصي للجد في التصرف ولم يمنع جواز توكيله كما يجوز توكيل الأب والجد ، ولأنه سبب خاص يملك به مطلق تصرف التوكيل من غير إذن فيملك به الوصية كالأبوة والجدودة [٥] ولا يلزم المضارب لأن وصيته تصح في مال المضاربة ، ويجوز لوصيه أن يقوم مقامه في [خفض المال] [٦] وبيع العروض [٧] .

١٩٥٢٨ - ولأن الوصية إذن في التصرف في مصالح الصغير مع بطلان أمر الأب ومن مصلحته أن يوصي في ماله حتى لا يبقى المال غير محفوظ على الصغير [٨] ولأن الأب نقل إليه بالوصية ما كان يملكه من التصرف وقد كان يملك الوصية والتوكيل

---

(١) انظر : المبسوط (٢٢/٢٨) ، الهداية (٢٦١/٤) ، الاختيار (١٣٥/٤) .

(٢) انظر : المهذب (٤٦٤/١) ، نهاية المحتاج (١٠٤/٦) .

(٣) وذلك لأن الولاية كانت ثابتة للموصي ثم انتقلت إلى الوصي في المال وإلى الجد في النفس والجد قائم مقام الأب في ولاية النفس فكذا الوصي في ولاية المال لأن الإيصاء إقامة غيره مقامه وغير الموت كانت ولاية ثابتة في التركتين فكذا الوصي تحقيقا للاستخلاف انظر : الهداية (٢٦١/٤) الاختيار (١٣٥/٤) .

(٤) انظر : المبسوط (٢٠/٢٢) ، الهداية (٦١/٤) .

(٥) انظر : المبسوط (٢٢/٢٨) وما بعدها ، الهداية (٢٦١/٢) .

(٦) ساقط من (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٧) انظر : المبسوط (٢٠/١٩) . (٨) انظر : المبسوط (٢٣/٢٨) .

كذلك يملك ذلك الوصي [١] .

١٩٥٢٩ – ولا يلزم ولاية التزويج لأنها لا تنقل بالنقل بدلالة أن الأب لو فوض إليه التزويج لم يجز أن يزوج [٢] .

١٩٥٣٠ – احتجوا : بأنه يلي بتوليه فلم يكن أن يوصي كالوكيل [٣] .

١٩٥٣١ – قلنا : الوكيل مفارق للوصي بدلالة [٤] أنه ليس له التوكيل إلا أن يفوض ذلك إليه والوصي له ذلك [٥] .

١٩٥٣٢ – ولأن الموكل بموت الوكيل باق على استدراك حقه فكان اختيار ، من له النظر أولى من اختيار وكيله والوصي بموت الموصي لا يقدر على اختيار فقام اختياره مقام اختياره كما يقوم وكيله مقام نفسه [٦] .

١٩٥٣٣ – قالوا : نظره مستفاد بعقد كالأمين [٧] وقد بينا الجواب عن هذا .

١٩٥٣٤ – قالوا : الموصي وصى باجتهاد الموصى دون غيره فلم يجز للوصي أن يقوم الأمر إلى من لم يرضه الموصي [٨] .

١٩٥٣٥ – قلنا : يبطل هذا بتوكيله في حقوقه وقولهم لا يجوز توكيل الوصي إلا فيما لا يقدر أن يتولاه بنفسه خلاف الإجماع على أن الموضع المسلم ببعض كلامهم .

١٩٥٣٦ – قالوا : لا يملك المطلق التفويض مثل ما جعل إليه أصله المضارب إذا دفع المال مضاربة فالوكيل إذا وكل والشريك إذا شارك [٩] .

١٩٥٣٧ – قلنا : كل هؤلاء لا يتصرفون مع وجود صاحب المال وهو يقدر على استدراك حقه فلا يحتاج إلى الوصية وأما الموصي فيتصرف مع موت الموصى فكان

---

(١) انظر : المبسوط (٢٣/٢٨) . (٢) انظر : الهداية (١٩٦/١) وما بعدها .

(٣) انظر : نهاية المحتاج (١٠٤/٦) ، النكت للشيرازي ورقة ١٩٠ .

(٤) ساقطة من (ص) .

(٥) والعلة في ذلك أنه ما رضي إلا برأيه والناس يتفاوتون في الآراء فإذا أذن له أو قال له : اعمل برأيك فقد فوض إليه الأمر مطلقا ورضي بذلك فإذا أجاز كان وكيلا عن الموكل الأول لأنه يعمل له ولا يعزل بعزل الوكيل الأول ولا بموته وهو نظير القاضي إذا استخلف قاضيًا . انظر : الاختيار (٢٢٥/٢) .

(٦) انظر : الهداية (٢٦١/٤) . (٧) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٩٠ .

(٨) انظر : المهذب (٤٦٤/١) ، النكت ورقة ١٩٠ .

(٩) انظر : النكت ورقة ١٩٠ .

توصيته أولى من اختيار القاضي الذي لم يرض الميت باختياره

١٩٥٣٨ - قالوا : يملك التصرف على الصغير بتوليه كالقاضي [١] .

١٩٥٣٩ - قلنا : القاضي إذا مات فالإمام هو الذي فوض إليه التصرف وهو يقدر على استدراك حق الصغير فكان ذلك أولى من وصي القاضي .

١٩٥٤٠ - قيل : وأما إذا جعل له أن يوصي فلان تصرف الوصي لا يكون مأذونا في تصرف الوكيل ولو أذن الوكيل في التوكيل جاز [٢] كذلك إذا أذن للوصي أن يوصي .

١٩٥٤١ - ولأن هذا الوصي الثاني يتصرف بمقتضى حكم الأب فصار كما لو قال : إن مت فوصيي بعدك [٣] فلان [٤] ولأن هذا تصرف باختياره ومن ينصبه القاضي بتصرف بغير اختياره وإذا استوى التصرف كان من اختيار الموصى أولى .

١٩٥٤٢ - قال الشافعي : هذا الوصي يوصي في ملك غيره فصار كالأجنبي إذا أوصى في مال أجنبي .

١٩٥٤٣ - قلنا : يبطل بالأب إذا لم يكن له مال ولولده الصغير مال فوصية الأب جائزة وهو موصى في ملك غيره وإنما كان ذلك لأنه يوصي في حقه الذي هو التصرف وبسبب غيره فيه كذلك الوصي إذا أوصى .

١٩٥٤٤ - قالوا : أما أن يوصي عن نفسه أو عن الموصي بطل أن يوصي عن نفسه لأن الوصي لا يكون له وصي وبطل أن يوصي عن الموصي لأن الوصي عقد له عمن لا إذن له في العقد فلم يصح كالوكيل إذا وكل لموكله بعد عزله [٥] .

١٩٥٤٥ - قلنا : عندنا الوصي ينصب وصيا لنفسه فينقل إلى وصيته ما كان له من التصرف وقد كان له التصرف على الصغار ، وإن لم يعين له ذلك وأما إن قلنا إنه يقيمه مقام الموصي فبطلان إذن الصغار لا يمنع ذلك ، كما أن الأب يقيم مقام نفسه من يتصرف لهم وإن لم يكن له أمر في العقد فكذلك الوصي مثله .

* * *

---

(١) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٩٠ .
(٢) انظر : الاختيار (٢٢٥/٢) .
(٣) في (م) : [يعدل] .
(٤) انظر : المبسوط (٢٣/٢٨) .
(٥) انظر : المهذب (٤٦٤/١) ، النكت ورقة ١٩٠ .

حكم إذا ادعى الوصي تسليم المال إلى الصبي بعد بلوغه

١٩٥٤٦ – قال أصحابنا : إذا أدى الوصي تسليم المال إلى الصبي بعد بلوغه ورشده فالقول قوله مع يمينه (١) .

١٩٥٤٧ – وقال الشافعي : لا يقبل قول الوصي والأب والقاضي / إلا ببينة والمودع يقبل قوله في الوديعة بغير بينة وإن ادعى الوصي أنه أنفق على الصبي أو أن المال هلك فالقول قوله مع يمينه

١٩٥٤٨ – قالوا : فأما المضارب والشريك والوكيل فجعل فيها وجهان أحدهما يقبل قولهم بغير بينة والوجه الآخر لا يقبل (٢) .

١٩٥٤٩ – لنا : أنه مؤتمن في المال فالقول قوله مع رده كالمودع (٣) .

١٩٥٥٠ – فإن قيل : المودع يدعي الرد على من ائتمنه والوصي يدعي الرد على من لم يأتمنه .

١٩٥٥١ – قلنا : أئتمان الأب يجري مجرى ائتمان الصغير لأن تصرف الأب كتصرفه لنفسه بعد بلوغه بدلالة عقوده ولأنه يدعي زوال يده في الأمانة فكان القول قوله (٤) .

١٩٥٥٢ – كما لو ادعى هلاكها وإنفاقها على الصغير ولأن كل من لو ادعى هلاك المال جعل القول قوله فإذا ادعى رده على مستحقه كان القول قوله كالمودع ، ولأن ما تصرف القاضي فيه بولاية الحكم يقبل قوله فيه بغير بينة أصله سائر أحكامه

١٩٥٥٣ – احتجوا : (٥) . بقوله تعالى : ﴿ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ ﴾ (٦) .

---

(١) انظر : شرح مختصر الطحاوي ورقة ٢١٨ مخطوط بدار الكتب المصرية تحت رقم ٤٩٨ – فقه حنفي .

(٢) انظر : النكت ١٩٠ المهذب (٤٦٤/١) ، المجموع (٥١٦/١٥) .

(٣) أي أنه مؤتمن في المال فيصدق قوله مع يمينه كالمودع إذا قال رب الوديعة له ادفعها لفلان فقال دفعت وكذّبه فلان وضاعت الوديعة صُدق المودع مع يمينه . انظر : مجمع الأنهر (٣٤٥/٢) .

(٤) أي أن الوصي لو أدعى أنه سلم الشيء الموصى به إلى الصبي فالقول قوله كالمودع الذي يدعي هلاك الوديعة أو ردها على مالكها فالقول قول المودع لأن المالك يدعي على الأمين أمرًا عارضًا وهو التعدي والمودع مستصحب لحال الأمانة فكان متمسكًا بالأصل انظر : بدائع الصنائع (٢١١/٦) .

(٥) انظر : النكت ورقة ١٩٠ . (٦) سورة النساء : الآية ٦ .

١٩٥٥٤ - قالوا : ولو كان قولهم في الدفع مقبول لم يشرط الشهادة .

١٩٥٥٥ - قلنا : ذكر اللّه تعالى العقود وأمر بالإشهاد عليها مرة ولم يأمره بالإشهاد أخرى وإن كان قول العقد غير مقبول فيها ولأن الإشهاد عليهم إسقاط الخصومة ومتى لم يشهد فالقول قول الوصي إلا أن الخصومة لا تسقط عنه فأمر اللّه تعالى بالإشهاد وليقطع الصبي ولأن قول الصبي غير مقبول .

١٩٥٥٦ - ولأن قول الوصي وإن كان مقبولًا فإنه يقبل في براءة نفسه ولا يقبل في إسقاط حق الصبي عن بقية ما في يده من التركة فأمر بالإشهاد حتى يبرأ الوصي ولا يثبت للجاحد المشاركة فيما بقي من المال وهذه الفائدة الحاصلة بالشهادة لا يجود بعدمها .[1]

١٩٥٥٧ - قالوا : ادعى دفع المال إلى من لم يأتمنه عليه فإذا جحده لم يقبل قوله إلا ببينة أصله أمر المودع بدفع الوديعة إلى رجل فادعى دفعها إليه وجحده المدعي عليه لم يقبل قوله

١٩٥٥٨ - قلنا : هذا غير مسلم وقول المودع عندنا مقبول في براءة نفسه .

* * *

---

(١) انظر : النكت ورقة ١٩٠ .

من مات ولم يترك وارثًا معينًا

١٩٥٥٩ – قال أصحابنا : من مات ولم يترك وارثًا معينًا فأوصى بجميع ماله تقدمت وصايته .

١٩٥٦٠ – وقال الشافعي : للأمان أن يردها فيما زاد على الثلث .

١٩٥٦١ – لنا : قوله ﷺ لسعد : لا أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة ؛ فتبين أنه منع من الوصية بما زاد على الثلث . كما لما يخاف على فقر الورثة وهذا لا يوجد فيمن لا وارث له معين ، لأن المسلمين لا يخافون الفقر .

١٩٥٦٢ – وروى عمر بن شرحبيل قال : قال عبد الله بن مسعود : ليس في العرف أن يموت الرجل متهم ، ولا يعرف له وارث منكم معشر همدان . فإذا كان كذلك فليضع ماله حيث شاء ولا يعرف له مخالف في الصحابة فيجب تقليده ولا يقال معناه تصنع الثلث الذي جعله إليه .

١٩٥٦٣ – قلنا : لا يكون بقوله لا يعرف له وارث معين فائدة لأن من له وارث ومن لا وارث له يضع الثلث حيث يشاء ، ولأن الوصية عقد يجوز أن يملك به بعض المال فجاز أن يملك به جميعه بنفسه . أصله سائر العقود .

١٩٥٦٤ – ولأنها جهة ينتقل الملك فيها بالموت فجاز أن يملك بنفسها جميع المال كجهة الإرث .

١٩٥٦٥ – ولأنه مال لم يتعلق به حق وارث معين فجاز لمالكه وضعه حيث شاء كمال الصحيح .

١٩٥٦٦ – ولأن ما جاز للصحيح التبرع به جاز للمريض التبرع به من غير إجازة . أصله مقدار الثلث لأنه مقدار لم يتعلق به حق مستحق تعيينه فجاز التبرع بجميعه . أصله مال الصحيح وثلث مال المريض .

١٩٥٦٧ – ولأن الموصى له شريك الوارث في المال بدلالة أن ملكها ينتقل بالموت ويزيد حقهما بزيادة المال [وينقص بنقصانه ثم كان الوارث لم يزاحمه في المال غيره استحق جميعه] (١)

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

١٩٥٦٨ - وهذه المسألة مبنية على أصلنا أن المال يوضع في بيت المال لا على وجه الإرث لكن لأنه مال لا مستحق له بعينه فإذا أوصى تعلق به حق معين فكان أولى من بيت المال وقد بينا هذا الأصل .

١٩٥٦٩ - احتجوا : بقوله ﷺ : « إن اللّه جعل لكم ثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم » .

١٩٥٧٠ - قلنا : هذا يدل على جواز التصرف في ثلث المال ولا شيء غيره ، وفائدة تخصص الثلث أن التصرف يجوز فيه في عموم حاله والثلثان يجوز تصرفه فيها إذا لم يكن له وارث . فلهذا خص الثلث بالذكر .

١٩٥٧١ - قالوا : مال له مصرف يستحق بموت مالكه فوجب ألَّا تلزم الوصية بأكثر من الثلث .

١٩٥٧٢ - أصله : إذا كان له وارث معين .

١٩٥٧٣ - قلنا : إذا كان هناك وارث معين فقد تعلق بالثلثين وتعلق حق المعين بالمال يمنع التصرف فيه كما لو تعلق حق الغرماء منع التصرف من الثلث وإذا لم يكن وارث فلم يتعلق بالمال حق معين فصار كمال الصحيح يجوز تصرفه فيه .

١٩٥٧٤ - قالوا : أوصى وله من يعقل عنه فصار كمن له مولى .

١٩٥٧٥ - قلنا : إذا كان له مولى فقد ثبت الاستحقاق في ماله كمن يخاف الفقر بتنفيذ الوصية وليس كذلك في مسألتنا ، لأنه لم يثبت في ماله استحقاق كمن يخاف الفقر بفوت المال .

١٩٥٧٦ - قالوا : وصية يقف لزومها على موت الموصي فوجب أن لا يلزم فيما زاد على الثلث . أصله : إذا كان له وارث معين .

١٩٥٧٧ - قلنا : الوصية لا يقف لزومها على الموت وإنما يقف انعقادها عليه . والمعنى في الوارث المعين أن الوصية تنفذ بإجازته .

١٩٥٧٨ - فلم يلزم مع عدم الإجازة وإذا لم يكن هناك وارث معين لم تدخل الإجازة في المال فنفذت الوصية فيه كمقدار الثلث ما لم يكن للإجازة فيه مدخل نفذت الوصية فيه بإيجاب الموصي .

١٩٥٧٩ - فإن قيل : المستحق المعين وغير المعين سواء بدلالة أن من أتلف مالًا

مملوكًا وجب عليه ضمانه ولو أتلف مال بنت وجب ضمانه فاستوى المالان في وجوب الضمان مع اختلافهما في المستحق المعين .

١٩٥٨٠ - قلنا : الضمان يجب من تلف الإنسان حق غيره فسواء تعين ذلك للغير أو لم يتعين ، فأما وجوب الحق لغير معين فيخالف ثبوته لمعين بدلالة أن من أقر لواحد من الناس لم يتعلق بإقراره حكم . وبدلالة أن اللقطة يجوز التصرف فيها ولو كانت لمعين وقف التصرف فيها على أمره .

* * *

مسألة ٩٨٣

حكم إذا باع الوصي ماله من اليتيم أو اشترى منه

١٩٥٨١ - قال أبو حنيفة [ﷺ] (١) : يجوز للوصي أن يبيع ماله من اليتيم بنقصان من قيمته لا يتغابن في مثله ويشتري من مال اليتيم نفسه (٢) بزيادة لا يتغابن في مثلها (٣) .

١٩٥٨٢ - وقال أبو يوسف ومحمد : لا يجوز ذلك .

١٩٥٨٣ - وبه قال الشافعي : (٤) .

١٩٥٨٤ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ ﴾ (٥) والمراد في الأحسن إلى العادة (٦) ومتى باعه ما يساوي عشرة بمائة (٧) درهم أو اشترى منه ما يساوي مائة بعشرة كأنه قيل أنه أحسن فوجب أن يجوز بظاهر الآية .

١٩٥٨٥ - فإن قيل (٨) : الأحسن يترتب على الحسن والحسن البيع بمثل القيمة والآية تقتضي [أن يجوز التصرف للأحسن لا تصرفه للحسن وإلا] (٩) جواز الأحسن وليس فيها أن الحسن جائز (١٠) .

١٩٥٨٦ - قلنا : الحسن عندنا ما تبين أن فيه حظ وهذا لا يوجد في المشتري بالقيمة لنفسه لأن الأعيان فيها أعراض ولأنه يملك التصرف بموت الأب كالجد (١١) .

١٩٥٨٧ - ولأن ولاية الأب انتقلت إليه فإذا كان الأب يملك البيع من نفسه كذلك

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) .	(٢) ساقطة من (م) .

(٣) لا خلاف بين الحنفية في أنه إذا كان الوصي من قبل الحاكم لا يجوز أن يبيع مال اليتيم من نفسه أو يشتري له وإنما الخلاف إذا كان الوصي من قبل الأب فعند أبي حنيفة وإحدى الروايتين عن أبي يوسف أنه يجوز إذا كان لليتيم منفعة ظاهرة والأظهر في الرواية الأخرى عن أبي يوسف ومحمد لا يجوز . انظر : المبسوط (٣٣/٢٨ ، ٣٤) ، تبيين الحقائق (٢١١/٦ ، ٢١٢) ، الهداية (٢٦٤/٤) ، مجمع الأنهر (٧٢٥/٢) .

(٤) وبه قال مالك وأحمد ، انظر : النكت ورقة ١٩٠ ، نهاية المحتاج (١٠٩/٦) .

(٥) سورة الإسراء : الآية ٣٤ .	(٦) انظر : المبسوط (٢٩/٢٨) .

(٧) ساقطة من (ص) .	(٨) انظر : النكت ورقة ١٩٠ .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط في (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(١٠) انظر : المبسوط (٣٤/٢٨) ، تبيين (٢١٢/٦) ، مجمع الأنهر (٧٢٥/٢) يجاب عن ذلك بأنه يجوز للجد الشراء بثمن المثل فلا يجوز للوصي . انظر : النكت ورقة ١٩٠ .

(١١) انظر : المبسوط (٣٤/٢٨) ، تبيين الحقائق (٢١٢/٦) .

الوصي [١] ولأن التصرف تارة يستفاد بالنسب وتارة بالأمر فإذا كان أحد النوعين يتعلق به جواز التصرف مع نفسه كذلك الآخر .

١٩٥٨٨ – احتجوا : بأنه لا يجوز أن يشتريه بثمن مثله فلا يجوز له أن يشتريه بأكثر من ثمن مثله أصله الوكيل [٢] .

١٩٥٨٩ – قلنا : الوكيل يتصرف على وجه الاحتياط والأعيان فيها أعراض فإذا ابتاع بثمن لم يتيقن حصول الحظ للصغير فلم يجز الشرى وإذا ابتاع بزيادة تيقنا حصول الحظ فجاز التصرف وأما الوكيل فيتصرف بالآمر وإطلاق الآمر يقتضي العقد مع غيره فلم يجز أن يعقد مع نفسه [٣] .

١٩٥٩٠ – فإن قيل : الوصي إنما يتصرف بالآمر .

١٩٥٩١ – قلنا : غلط لأن الآمر جعله وصيًا ولم يتناول الأمر بالابتياع فهو يملك ذلك حكمًا ألا ترى أنه لو وكله ولم يسم ما يشترى به والوصي يقيمه الأب مقام نفسه فينصرف بكونه وصيًا [٤] وإن لم ينص على بيعه أو يبتاعه .

* * *

(١) الوكيل : معروف يقال : وكله بأمر كذا توكيلا ، انظر : مختار الصحاح ص ٧٦٠ .

(٢) انظر : النكت ورقة ١٩٠ .

(٣) الهداية (١٤٦/٣) ، الاختيار (١٢٣/٢) .

(٤) أي أن لوصي الأب أو الجد أبو الأب ولاية التصرف في مال الصغير مطلقًا من غير تقيد بما تركه ميراثًا له لأنه قائم مقام الموصي وللأب أو الجد التصرف في جميع ماله فكذا الوصية ، انظر : تبيين الحقائق (٢١٣/٦) .

مسألة ٩٨٤

قضاء الغريم بعض غرمائه

١٩٥٩٢ - قال أصحابنا : إذا قضى الغريم بعض غرمائه شاركه الباقون [١] .

١٩٥٩٣ - وقال الشافعي : ليس للباقين أن يخاصموه

١٩٥٩٤ - واختلف أصحابه فمنهم من قال : هذا إذا كان في ماله ما يفي بديونهم ومنهم من حمله على ظاهره وقال : ليس لهم المحاصة في الوجهين [٢] .

١٩٥٩٥ - لنا : أن تصرف المريض فيما يضر بغرمائه يجرى مجري تصرفه بعد موته بدلالة هبته وصدقته [٣]

١٩٥٩٦ - ومعلوم أنه لو أوصى بتغريم بعض الغرماء أنه متهم في إثيار بعض الغرماء على بعض وما اتهم فيه المريض من التصرف لم ينفذ كوصيته لوارثه [٤] / .

١٩٥٩٧ - ولأن الغرماء يتعين حقهم في المال بالموت كالورثة [٥] . وكما لا يملك إفراد بعض الورثة بماله حال مرضه كذلك لا يملك إفراد بعض غرمائه وهذا مبني على أصلنا . أن حقوق الغرماء تتعلق بالمال وبالمرض [٦] .

١٩٥٩٨ - وقد دللنا على هذا الأصل وإذا تعلقهم بالمال لم يجز أن ينفرد بالاقتضاء منه أحدهم [٧] .

١٩٥٩٩ - فإن قيل : هو يملك أن يبتاع الملابس الفاخرة والأطعمة الشهية ولو تعلق حقهم بالمال لم يجز له ذلك [٨] .

١٩٦٠٠ - قلنا : حق تعلق بمعنى لا بعينه وابتياع هذه الأشياء لا يسقط حقهم ولأن دين ديونهم تنتقل إليها وإنما تسقط عنها بإتلافها وهو ممنوع من إتلافها عندنا على وجه

---

(١) انظر : المبسوط (٣١/٢٨) . (٢) انظر : النكت ورقة ١٨٩ .

(٣) أي أنه يشارك الغرماء الباقون كما لو أعتق في مرضه عبدا أو باع وحابى أو وهب فذلك كله جائز وهو من الثلث ويضرب به مع أصحاب الوصايا . انظر : الهداية (٢٤٥/٣) .

(٤) أي أن تخصيص الغرماء في قضاء دينه لا يجوز كما لو أوصى لبعض ورثته فإنه لا يجوز أيضًا . انظر : المبسوط (١٧٥/٢٧) .

(٥) انظر : مجمع الأنهر (٧٤٧/٢) . (٦) ساقطة من (م) .

(٧) انظر : المبسوط (٣١/٢٨) . (٨) انظر : النكت ورقة ١٨٩ .

الصرف فإذا تلف فقد تعدى فهو كما لو سرق ماله

١٩٦٠١ - احتجوا : بأن ذمته صحيحة وتصرفه في ماله بالبيع والشراء والنكاح والصداق جائز فوجب أن يصح قضاؤه فلم يمنع من إفراد بعضهم بالقضاء [١] .

١٩٦٠٢ - قلنا [٢] : وفي مسألتنا من إسقاط حقوقهم بالهبة والصدقة وكذلك يمنع من إسقاط حقهم بتخصيص [٣] .

* * *

(١) انظر : النكت ورقة ١٨٩ .

(٢) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٣) انظر : الاختيار (١٥٨/٤) .

مسألة ٩٨٥

حكم إذا أوصى أن يعتق عنه رقبة بألف

١٩٦٠٣ – قال أصحابنا : إذا أوصى أن يعتق عنه رقبة بألفي درهم فلم يبلغ ثلث ذلك بطلت الوصية (١) .

١٩٦٠٤ – وقال الشافعي : يعتق عنه بمقدار الثلث (٢) .

١٩٦٠٥ – لنا : أن الوصية تتضمن ابتياع الرقبة بعتقها ومن أمر (٣) بشراء (٤) رقبة بمائة كذلك أمر الموصي (٥) ولأنه أمر بعتق رقبة موصوفة فلم يجز عن غيرها كما لو أوصى بعتق عبد بعينه لم يجز عبد غيره ، ولأنه لو أوصى بما يمكن تنفيذه على ما أوصى به فلم يجز أن ينفذ غير الذي أوصى به كما لو أوصى لزيد بعين فمات قبل الموصي لم يجز دفع ذلك إلى غيره (٦) .

١٩٦٠٦ – ولا يلزم إذا وصى أن يحج عنه بألف فلم يبلغ الثلث لأنه لا يملك تنفيذ الوصية على الوجه المأمور به (٧) ألا ترى أنه إذا دفع الألف إلى من يحج بها لم يكن به من بر منه أن يبقى في يده شيء يرده على الورثة فعلم أن الوصية تعلقت بالألف وببعضها (٨) وأما العتق فيمكن أن يبتاع بما سمى من المال فتسقط (٩) الوصية على غير ما سماه .

١٩٦٠٧ – فإن قيل : حكم الابن في حال الحياة مخالف للوصية بدلالة أن لو وكله أن يعطي رجلًا ألف درهم أن يعطيه ألفًا لم يجز أن يعطيه بعضها ويجوز الوصية إذا عجز الثلث عنه (١٠) .

١٩٦٠٨ – قلنا : لا نسلم لو وكله أن يعطيه ألفًا فهلك بعضها أو استحق جاز أن

---

(١) انظر : تبيين الحقائق (١٩٧/٦) ، مجمع الأنهر (٧٠٨/٢) ، الهداية (٢٤٦/٤) .
(٢) انظر : المهذب (٤٥٧/١) ، المجموع (٤٨٣/١٥) ، مغني المحتاج (٤٧/٣) .
(٣) ساقطة من (ن) .
(٤) في (م) : [سيرى] انظر : تبيين الحقائق (٢١٠/٦) .
(٥) انظر : تبيين الحقائق (١٩٧/٦) .
(٦) انظر : تبيين الحقائق (٢١٠/٦) .
(٧) انظر : الهداية (٢٤٨/٤) .
(٨) انظر : مجمع الأنهر (٧٠٧/٢) .
(٩) في (م) : [فيسقط] .
(١٠) انظر : النكت ورقة ١٨٩ .

يعطي الباقي كالوصية إذا لم تخرج من الثلث [١] .

١٩٦٠٩ - قالوا : لو وكله في إعتاق غيره لم يجز أن يعتق بعضه ولو أوصى بعتقه فلم يخرج من الثلث جاز أن يعتق بعضه [٢] .

١٩٦١٠ - قلنا : ولو وكله بعتق لعبده فأعتقه أو أعتق بعضه جاز ولذلك أن استحق بعضه فأعتق الباقي جاز ولو أوصى بعتق عبده فلم يخرج من الثلث لم يجز عتق بعضه لأنه يفسد باقيه على الورثة .

١٩٦١١ - قالوا [٣] : لو أمره في حال الحياة بأن يحج عنه رجلًا بألف درهم لم يجز أن يحج ببعضها ولو أوصى أن يحج عنه بألف جاز أن يحج عنه ببعضها [٤] .

١٩٦١٢ - قلنا : لأن لا يمكنه أن يحج ببعضها على ما قدمنا فلذلك كان تنفيذ وصيته أولى من إبطالها .

١٩٦١٣ - احتجوا : بأن كل وصية وجب إنفاذها إذا احتملها الثلث فإذا عجز عنها الثلث وجب إنفاذ ما احتمله الثلث . أصله إذا أوصى لرجل بألف فلم يحتمله الثلث وكذلك إذا أوصى بأن يتصدق عنه بألف أو أوصى أن يحج عنه بألف فكان الثلث أقل من ذلك [٥]

١٩٦١٤ - قلنا : الوصية بالصدقة أو التمليك لا يقف بعضه على بعض وليس لبعضه تعلق ببعض فإذا تقرر التنفيذ في المقدار الموصى به بعد في الثلث والعتق موصًا به عبد موصوف فكما لا يجوز أن تنفذ [٦] الوصية في عبد يخالف صفة العبد الموصى به وكما لو أوصى بعتق عبد سعدي لم يجز أن يعتق زنجي أو رومي لمخالفة صفته للصفة الموصى بها كذلك إذا أوصى بعبد رفيع القيمة لم يجز عتق عبد القيمة فأما الحج فالقياس أن تبطل الوصية فيه كما تبطل الوصية فيه يبطل بالعتق [٧] .

١٩٦١٥ - ولكنهم قالوا : المقصود بالوصية حصول الحج وثواب النفقة والحج حاصل في الوجهين [٨] والثواب المتعلق بالنفقة إذا لم يبلغها الثلث فينفذ منها المقدار

---

(١) انظر : الهداية (٢٣٨/٤) .

(٢) انظر : المهذب (٤٥٧/٤) ، المجموع (٤٨٣/١٥) .

(٣) انظر : النكت ورقة ١٨٩ .

(٤) انظر : تبيين الحقائق (٢١٠/٦) .

(٥) انظر : النكت في ورقة ١٨٩ .

(٦) في (م) : [ينفذ] .

(٧) انظر : تبيين الحقائق (١٩٧/٦) .

(٨) انظر : المهذب (٤٦٠/١) .

الموجود [١] فأما العتق فمتى نقصت قيمة العبد المعتق فلم ينفذ العتق في العبد الذي تناولته الوصية وإنما ينفذ في غيره فوازنه من يحج أن يبلغ الثلث بعقد العمرة ولا يجوز صرف الوصية إليها .

١٩٦١٦ – قالوا : لو أوصى بعتق عبده وقيمته أكثر من الثلث أعتق منه بقدر الثلث [٢] .

١٩٦١٧ – قلنا : لا نسلم هذا بل تبطل الوصية ؛ لأن عتق بعض العبد لا يحصل به غرض الموصي في العتق وإنما يصير مكاتبًا فلا يجوز صرف الوصية إلى ما لم يوص به [٣] .

* * *

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (٣٩٣/٦) .

(٢) انظر : المهذب (٤٥٣/١) ، المجموع (٤٣٦/١٥) .

(٣) انظر : تبيين الحقائق (١٩٦/٦) .

مسألة ٩٨٦

حكم إذا اعتقل لسان المريض فأشار بالإقرار والوصية

١٩٦١٨ - قال أصحابنا : إذا اعتقل [١] لسان المريض فأشار بالإقرار والوصية لم يتعلق بذلك حكم إلا أن يمضي عليه فيؤمن بإشارته ويصير عادة له يفهم مراده وقد قدر الطحاوي ذلك بسنة والصحيح أنه لا يتقدر » [٢] .

١٩٦١٩ - وقال الشافعي : إذا لم يقدر على الكلام صحت وصيته وإقراره بالإشارة » [٣] .

١٩٦٢٠ - لنا : أن الإشارة لم تصر عادة له فلا يتعلق بها حكم في حقه كالصحيح » [٤] .

١٩٦٢١ - ولا يقال : المعنى فيه أنه قادر على الكلام فلم يتعلق بإشارته حكم ؛ لأن الغرض أن يفهم مراده ولو كانت الإشارة ممن لم يعتدها يفهم بهما المراد إذا استوى أن يقدر على غيرها أو لا يقدر .

١٩٦٢٢ - ألا ترى أن المقر بالفارسية يصح إقراره وإن كان يحسن العربية كما يصح إذا عجز عنها [٥] لأن مراده يفهم بكلا اللغتين ولأنهما وصية لا ينفذها الإمام في بعض المال إذا لم يكن للموصي وارث فلم يلزم الوارث بمضيها في الثلث كوصية المجنون .

١٩٦٢٣ - ولأن مالا يثبت به العتق بعد تقدم العتق في مقدار الثلث لا ينفذ به العتق بالمبتدأ كالكلام المحتمل .

١٩٦٢٤ - احتجوا : [٦] بأن أمامة بنت العاص أصمتت فقيل لها لفلان [٧] كذا ولفلان كذا فأشارت برأسها أي نعم وماتت فرفعوا ذلك إلى الصحابة فرأوا أنها وصية جائزة [٨] .

---

(١) اعتقل لسانه إذا لم يقدر على الكلام . انظر : مختار الصحاح : ص ٤٧٢ .

(٢) وبه قال مالك وأحمد انظر : بدر الملتقى حاشية مجمع الأنهر (٦٩٢/٢) ، حاشية الدسوقي (٤٢٣/٤) ، كشاف القناع (٣٣٦/٤) المغني لابن قدامة (٥٦٠/٦) .

(٣) انظر : النكت ورقة ١٨٩ ، مغني المحتاج (٥٣/٣) ، نهاية المحتاج (٦٥/٦) .

(٤) انظر : المغني (٥٦٦/٦) ، كشاف القناع (٣٣٦/٤) .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (٢٢٢/٧) .

(٦) انظر : النكت ورقة ١٨٩ .

(٧) في (م) : [الفلان] .

(٨) سبق تخريجه

١٩٦٢٥ - قلنا : لم يذكر الصحابة الذين جوزوا ذلك وعنده قول الثلاثة ليس بحجه حتى يستقر من غير خلاف فأما على قولنا فيحتمل أن يكون ذلك لغتها حتى ألف منها الإشارة وعرفت عادتها منها .

١٩٦٢٦ - قالوا : روي أن يهوديًا أخذ أوضاحًا على جارية وقد رضح رأسها فقالوا لها أفلان قتلك فأومت برأسها أي لا فقيل لها فلان فأومت برأسها أي نعم »[1] فهذا يدل على أن دعواها بالإشارة مقبولة[2] .

١٩٦٢٧ - قلنا : الحكمْ إذا تعلق بمعنى لم يقبل وقد قيل أن اليهودي أقر ويجوز أن يكون اطلع رسول الله ﷺ على ذلك بالوحي فالحكم تعلق بهذا .

١٩٦٢٨ - قالوا :[3] غير قادر على النطق فوجب أن تصح[4] هبته بالإشارة أصله بعد مضي الحول .

١٩٦٢٩ - قلنا : إذا مضى حول ولم تؤلف إشارته لم تجز[5] الوصية وأن ألفت إشارته فقد صار ذلك عادة مفهومة فيحل محل المواضع بينه وبين الشهود وأما إذا لم تؤلف[6] إشارته لم يتعلق بها حكم كإشارة الصحيح » .

* * *

---

(١) رواه البخاري في صحيحه (٢٥١٢/٦) ، باب إذا أقر بالقتل مرة قتل به من باب أقاد بالحجر .

(٢) انظر : النكت ورقة ١٨٦ .

(٣) انظر : النكت ورقة ١٨٩ .

(٤) في (م) : [يصح] .

(٥) في (م) : [يجز] .

(٦) ساقطة من (ن) .

مسألة ١٨٧

حكم وصية المراهق

١٩٦٣٠ - قال أصحابنا : وصية المراهق [١] لا تصح [٢] .

١٩٦٣١ - وقال الشافعي : خلافه [٣] .

١٩٦٣٢ - لنا : قوله ﷺ : « رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق وعن الصبي حتى يحتلم » [٤] وهذا يقتضي أن لا يتعلق بأحواله حكم شرعي

١٩٦٣٣ - ولأنها عقد من العقود فلا يملكه الصبي عليه كعقد البيع ولأنها تبرع كعتقه وهبته [٥] فلا تصح كالمجنون [٦] .

١٩٦٣٤ - ولأن طلاقه لا يقع فلا تصح وصيته كالصبي الصغير [٧] .

١٩٦٣٥ - ولأن استحقاق مال بقول الصبي فلا يثبت كما لو [٨] أقرّ بدين [٩] ولأنه

---

(١) المراهق هو الذي قارب الاحتلام . انظر : مختار الصحاح صـ ٢٨١ .

(٢) انظر : المبسوط (٩١/٢٨) ، بدائع الصنائع (٣٣٤/٧) ، تبيين الحقائق (١٨٥/٦) ، الهداية (٢٢٤/٤) وبه قال الشافعي في أحد القولين وأحمد في الصحيح من المذهب انظر : النكت ورقة ١٨٧ ، المهذب (٤٦٣/١) ، المجموع (٤٠٩/١٥) .

(٣) انظر : النكت ورقة ١٨٧ ، المهذب (٤٦٣/١) ، المجموع (٤٠٩/١٥) نهاية المحتاج (٣٩/٣) وبه قال مالك وأحمد في رواية له : انظر : مواهب الجليل (٣٦٤/٦) ، حاشية الدسوقي (٤١١/٤) ، المغني لابن قدامة (٦٠١/٦) ط دار الفكر ، كشاف القناع (٣٣٦/٦) ، العدة صـ ٢٩١ .

(٤) الحديث رواه أبو داود في سننه (٥٥٨/٤ ، ٥٥٩ ، ٥٦٠) باب المجنون يسرق أو يصيب ، وابن ماجه في سننه (٦٥٩/١) باب طلاق المكره والناس ، البيهقي في السنن الكبرى (٢٠٦/٦) ، الدارقطني في سننه (٣٩/٣) بنحوه ، والحاكم في المستدرك (٥٩/٢) ، وابن أبي شيبة في مصنفه (٢٦٧/٥ ، ٢٦٨) باب الرجل يطلق في المنام ، وأحمد في مسنده (١٠٠/٦ ، ١٠١) ، والبغوي في شرح السنة (٢٢١/٩) .

(٥) انظر : المبسوط (٩٢/٢٨) ، تبيين الحقائق (١٨٥/٦) ، مجمع الأنهر (٦٩٤/٢) .

(٦) انظر : المبسوط (٩٢/٢٨) .

(٧) انظر : المبسوط (٩٢/٢٨) ، تبيين الحقائق (١٨٥/٦) ، مجمع الأنهر (٦٩٤/٢) .

(٨) ساقطة من (ن) .

(٩) أي أن إقراره بالدين غير ملزم ؛ لأن قوله غير ملزم . انظر : تبيين الحقائق (١٥٨/٦) ، الهداية (٢٣٤/٤) .

لو مرض [١] أوصى به حال مرضه لم تصح وصيته به كمن عليه دين مستغرق [٢] ولأن وصيته لا تنفذ في جميع ماله إذا لم يكن له وارث فلا ينفذ في مقدار الثلث إذا كان له وارث كالمديون .

١٩٦٣٦ – احتجوا : بما روي أن صبيًا من غفار له عشر سنين أوصى لبنت عم له وله وارث فرجع ذلك إلى عمر بن الخطاب فأجاز وصيته [٣] .

١٩٦٣٧ – الجواب : أن قول الواحد لا يكون حجه حتى ينقرض العصر من غير مخالف وقد قال الشعبي [٤] والحسن والنخعي لا تجوز وصية المراهق فبطل بالإجماع ولم يبق إلا التقليد وهم لا يقولون به وعندنا تقليد الصحابي . لا يلزم إذا خالف عموم لفظ رسول الله ﷺ ويحتمل أن يكون صبيًا مأذونًا أوصى/ بأن يقضي دينًا أقرَّ به وهذا عندنا يستحق بإقراره ويجب قضاؤه من تركته .

٢٢/أ

١٩٦٣٨ – قالوا : تصرف الصبي [لا ينفذ] [٥] طلبًا لحفظه وحفظ ماله عليه فإذا أوصي فحفظ ذلك له لأنه لو أبطلنا وصيته بمعنى غير المعنى الذي تناول به الآخر فصار كالصبي والمسجون .

١٩٦٣٩ – قالوا : لو حلف لا يكلم موالي فلان حملت اليمين على جميعهم [٦] .

١٩٦٤٠ – قلنا : لأن النفي يتناول المتضاد والمختلف وإن كان الإثبات لا يتناول جميع ذلك ألا ترى أنه يقول ما رأيت عينًا فيحمل على كل ما يتناوله الاسم ولو قال رأيت عينًا حمل على واحد من ذلك غير معين فإن قيل كيف ينتفي [٧] باليمين ممن لا يتناوله الاسم .

---

(١) ساقطة من (م) .
(٢) انظر : الهداية (٢٣٤/٤) .
(٣) رواه بن مالك في الموطأ (٧٧٢/٢) ، البيهقي في السنن الكبرى (٢٨٢/٦) ، وابن أبي شيبة في مصنفه (١٨٣/١١) باب من قال تجوز وصية الصبي ، البيهقي في السنن الكبرى (٢٨٢/٦) .
(٤) هو : عامر بن شرحبيل بن عبد ذي كبار ولد سنة إحدى وعشرين في خلافة عمر . قال عن نفسه : أدركتُ خمس مائة من أصحاب النبي ﷺ قال عنه مكحول ما رأيت أحدًا أعلم من الشعبي . روى عن : سعد بن أبي وقاص ، وسعيد بن زيد ، وأبو موسى الأشعري . وروى عنه : ابن شبرمة ، وابن عيينه ، وسلمة بن كهيل . وفاته : سنة أربع ومائة . انظر : في سير أعلام النبلاء (٢٩٤/٤) ، طبقات ابن سعد (٢٤٦/٦) ، الطبقات للعبادي ص ٥٨ ، طبقات الحفاظ ص ٣٢ ، شذرات الذهب (١٢٦/١) .
(٥) في (م) : [لا يقف] .
(٦) انظر : النكت ورقة ١٨٧ .
(٧) في (م) : [ينبغي] .

١٩٦٤١ - قلنا : الاسم يتناوله كل واحد منهم بمعنى يخالف الآخر فيجمعهم النفي ولا يعمهم الإثبات [فأما أن يكون أن الاسم لا يتناول كل فريق منهم فلا .

١٩٦٤٢ - فإن قيل : لا فرق في اليمين بين النفي والإثبات] [1] لأنه لو قال : إن كلمت موالي فلان فأمرأتى طالق حمل على الجميع [2] .

١٩٦٤٣ - قلنا : هذا نفي أيضًا ؛ لأن معناه إنني لا أكلمهم وإنما الإثبات أن يقول : لأكلمن موالي فلان ولا يحمل اليمين إلا على أحد الفريقين ويكون القول قول الحالف فيه فإن كلمه برَّ بكلامه خاصة .

* * *

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) انظر : المهذب (٩٧/٢) .

ولادة الجارية الموصى بها قبل موت الموصي

١٩٦٤٤ - قال أصحابنا : إذا ولدت الجارية الموصى بها قبل موت الموصى وقبل قبول الموصى له بالوصية فالولد للورثة ولا حق للموصى له وإن ولدت بعد قبول الموصى له فالولد للموصى له ولا يحتسب به من الوصية وإن ولدت بعد الموت قبل القبول ثم قبل فالجارية وولدها للموصى له ولا يحتسب به مال الموصي [١] .

١٩٦٤٥ - وقال الشافعي : إن جاءت به لأقل من ستة أشهر من حين مات ولكن ستة أشهر من حين أوصى لم يدخل الولد في الوصية .

١٩٦٤٦ - فإن قلنا : إن للحمل حكم فالأعيان بحال العلوق فيكون ملك الموصى ، ينتقل بموته إلى ورثته ولا حق للموصى له فيه ، وإن قلنا لا حكم للحمل فالولد للموصى له ولا يدخل في الوصية ويصير كأنه أوصى بالأم وولدها [٢] .

١٩٦٤٧ - لنا : أن الموصي إذا مات فالجارية على حكم ملكه وما استحق من حكم ملك الميت اعتبر من الثلث [٣] ويبين ذلك ؛ لأنه لو أوصى لرجل بثلث ماله فأثمر نخله استحق الموصى له ثلث الثمر لأنه حدث على حكم ملك الميت فتعلق به حق الورثة والموصى له كذلك هذا [٤] .

١٩٦٤٨ - احتجوا : بأنها زيادة منفصلة حدثت بعد عقد الوصية فوجب أن لا تدخل في الوصية أصله إذا وهب لها [٥] .

١٩٦٤٩ - قلنا : الخلاف في الولد والكسب وأخذ كل واحد منهما يحدث على ملك الميت ويعتبر من الثلث .

١٩٦٥٠ - قالوا : وأصله إذا أوصى بعتق جارية فولدت قبل العتق أو أوصى ببيع جاريته من رجل بعينه فولدت .

---

(١) انظر : تبيين الحقائق (١٩٥/٦) ، الهداية (٢٤٣/٤) ، مجمع الأنهر (٧٠٥/٢) .
(٢) انظر : مغني المحتاج (٤٤/٣ ، ٤٥) ، نهاية المحتاج (٥١/٦) . روضة الطالبين (٩٨/٦) .
(٣) انظر : تبيين الحقائق (١٩٥/٦) ، مجمع الأنهر (٧٠٥/٢) ، الهداية (٢٤٣/٤) .
(٤) انظر : المبسوط (٣/٢٨) .
(٥) انظر : النكت ورقة ١٩٣ .

١٩٦٥١ - قلنا : هذه دلالة لنا .

١٩٦٥٢ - قلنا : لأن الولد في هاتين الحالتين يحدث على حكم الميت مثل مسألتنا .

١٩٦٥٣ - إلا أن في هذه المسألة يملكها بالقبول ويستند ملكه إلى حين موت الموصي فيستحق الولد بحكم الوصية كما يملك المشتري في بيع الخيار ويستند ملكه إلى العقد فيستحق الولد بحكم البيع [1] .

١٩٦٥٤ - فأما في مسألة العتق بالبيع فنبيع كل واحد منهما عند الإيقاع ولا يستند إلى حال الموت فلذلك لا يدخل الولد فيه .

١٩٦٥٥ - ولأن الوصية بالبيع وصية بالثمن ولهذا يلزم المشتري إتمام الثمن إذا لم يخرج من الثلث والولد ليس بمتولد من الثمن فأما العتق فهو وصية للمعتق ولا يجوز أن يستحقها غيره [2] .

١٩٦٥٦ - قالوا : الموصى له إذا قبل الوصية ملكها من حين موت [3] الموصي فيكون الولد حادثًا في ملكه وما حدث في ملكه لا يدخل في العقد الواقع على الأمر .

١٩٦٥٧ - أصله المبيعة إذا ولدت في ملك المشتري [4]

١٩٦٥٨ - قلنا : الموصى له تملك بالقبول من حين الموت إلا أن ذلك غير مانع أن يكون الولد حدث على ملك [الميت فيستحق ممن ملكه تعيينه من الثلث وأما ولد المبيعة في ملك المشتري فهو مثل مسألتنا إن ولدت قبل القبض فقد حدث الولد على حكم ملك] [5] . البائع فيدخل في البيع ويقسم الثمن عليه كما لو ولدت لم يدخل الولد في البيع كما لو ولدت في مسألتنا بعد القبول وتنفيذ الوصية فيها [6] .

* * *

(١) انظر : الاختيار (١٦/٢) .

(٢) انظر : الهداية (٢٤٣/٤) .

(٣) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٤) انظر : النكت ورقة ١٩٣

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م ، ن ، ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٦) انظر : الهداية (٢٤٣/٤) .

الإيصاء بجارية في جميع ماله فولدت بعد موت الموصي

١٩٦٥٩ - قال أبو حنيفة [ﷺ] (١) : إذا أوصى له بجارية في جميع ماله فولدت بعد موت الموصي وقبل القبول ولدًا فللموصى له مقدار ثلث مال الثلث من الأم فإن فضل من الثلث شيء كان له من الولد .

١٩٦٦٠ - وقال أبو يوسف ومحمد : يكون له مقدار الثلث منهما جميعًا (٢) .

١٩٦٦١ - وقال الشافعي : للموصى له ثلث الأم وثلث الولد (٣) .

١٩٦٦٢ - لنا : أن الأم هي الأصل في الوصية والولد دخل على طريق التبع ومن حكم الوصايا أن يقدم فيها الأقوى فالأقوى .

١٩٦٦٣ - الدليل عليه : أن العتق يتقدم على غيره والحق المعتبر أقوى فكان بالتقديم أولى (٤) .

١٩٦٦٤ - ولأن زيادة المال سبب نفع الموصى له بدلالة أنه لو أوصى له بما لا يخرج من الثلث لم يستحق منه إلا مقدار الثلث وإن زاد المال استحق جميع ما أوصى به (٥) .

١٩٦٦٥ - وما يقوله مخالفنا أبو يوسف ومحمد يؤدي إلى تصير زيادة المال بالموصى له ألا ترى أنه لو لم يوص له بجارية هي مقدار الثلث فيستحق جميعها فإذا ولدت ولد قسم ثلث الأصل والزيادة تدفع (٦) إليه من الأم والولد فينقص حقه من رقبة الجارية الموصى له بها ويستقر بزيادة المال وهذا لا يصح .

١٩٦٦٦ - والشافعي : بني على الأصل الذي قدمنا أن الولد لا يدخل في الوصية ولا يعتبر من الثلث (٧) .

---

(١) ساقط من (ص) .

(٢) انظر : تبيين الحقائق (١٩٥/٦) ، الهداية (٢٤٣/٤) ، نتائج الأفكار (٣٨٢/١٠) .

(٣) انظر : المهذب (٤٦١/١) ، النكت ورقة ١٨٩ .

(٤) انظر : الهداية (٢٤٣/٤) ، تبيين الحقائق (١٩٥/٦) .

(٥) انظر : الهداية (٢٤٣/٤) وما بعدها .

(٦) انظر : تبيين الحقائق (١٩٥/٦) ، الهداية (٢٤٣/٤) .

(٧) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٩ .

مسألة ٩٩٠

حكم إذا أوصى لرجل برقبة الجارية ولآخر بخدمتها

١٩٦٦٧ – قال أصحابنا : إذا أوصى لرجل برقبة الجارية ولآخر بخدمتها فنفقتها على صاحب الخدمة (١) .

١٩٦٦٨ – وقال أصحاب الشافعي : فطرتها على مالك الرقبة ومن مذهبه أن الفطرة تتبع النفقة فهذا يدل على أن نفقتها على صاحب الرقبة (٢) .

١٩٦٦٩ – لنا : أن صاحب الخدمة منفرد باليد والتصرف فكانت النفقة عليه كالمالك (٣) .

١٩٦٧٠ – ولا يلزم المستأجر لأن يده بإيجاب المال ولا يقال أنه منفرد باليد ولأنه منتفع بالعبد من غير إيجاب مالك الرقبة فلم يلزم صاحب الرقبة نفقته كالعبد المغصوب (٤) .

١٩٦٧١ – ولأنه يملك المنافع من غير أن يتعوض المالك عنها فلم يجب على المالك نفقته كالمكاتب (٥) .

١٩٦٧٢ – احتجوا (٦) : بأنه اجتمع مالك الرقبة ومالك المنفعة فكانت النفقة على مالك الرقبة كالعبد المستأجر .

١٩٦٧٣ – قلنا : هناك الرقبة للمولى وهو الموجب للحق في منافعها والتعويض عنها فصار سلامة العوض له عنها كسلامتها له وفي مسألتنا لا حق لصاحب الرقبة في المنافع ولا يعوض عنها فلم تجب عليه نفقة كالمكاتب (٧) .

١٩٦٧٤ – فإن قيل : لو أبرأ المؤجر من الأجرة لم تسقط عنه النفقة .

---

(١) انظر : المبسوط (١٨٦/٢٧) ، حاشية أحمد شلبي على تبيين الحقائق (٢٠٣/٦) ، الهداية (٢٥٤/٤) .

(٢) انظر : المجموع (٤٩٤/١٥) ، نهاية المحتاج (٨٩/٦) ، والمراد بالفطرة هنا . أي ابتداء النفقة يقال فطر البئر أي ابتدأها . انظر : مختار الصحاح ٥٣٣ .

(٣) انظر : المبسوط (١٨٦/٢٧) ، تبين الحقائق (٢٠٣/٦) .

(٤) انظر : الهداية (١٣/٤) . (٥) انظر : الهداية (٢٥٤/٣) .

(٦) انظر : المهذب (٤٠١/١) ، المجموع (٤٥/١٥) .

(٧) انظر : الهداية (٢٥٤/٣) .

١٩٦٧٥ - قلنا : الأجرة وجبت له فإذا أبرأ [فقد سلم له التركة فصار حصول التولية كسائر الأخوة ولأنه إذا أبرأ] [1] فهو المختار لإسقاط حق نفسه وهذا لا يوجد في حق صاحب الرقبة .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

مسألة ٩٩١

حكم إذا قال الموصى ضع هذا المال فيمن شئت فوضعه في نفسه

١٩٦٧٦ - [قال أصحابنا] (١) إذا قال الموصي : ضع هذا المال فيمن شئت أو حيث شئت جاز له أن يضعه في نفسه (٢) .

١٩٦٧٧ - وقال الشافعي : لا يجوز .

١٩٦٧٨ - وقالوا : وكذلك لو قال : ضعه من نفسك لم يجز أن يضعه في نفسه (٣) .

١٩٦٧٩ - لنا : أنه إذا عزله فقد أذن له في أن يتولى لنفسه مالا يتعلق حقوقه بالفاعل فصار كقوله لعبده اعتق نفسك ولامرأته طلقي نفسك (٤) .

١٩٦٨٠ - ولا يلزم إذا قال : بع من نفسك لأن حقوق هذا العقد تتعلق بالعاقد وإذا ثبت أنه إذا نص على هذا جاز فإذا قال ضعه فيمن شئت أو حيث شئت فعمومه يقتضي الوضع في نفسه وفي غيره . فإذا وضع في نفسه جاز كما لو وصى عليه .

١٩٦٨١ - احتجوا : بأنه تملك يملكه بالإذن فلا يجوز أن يكون قابلًا له أصله إذا وكله بالبيع (٥)

١٩٦٨٢ - قلنا : البيع تتعلق حقوقه بالعاقد فلم يجز أن يكون قابلًا فتعلق الحقوق به بحكم عقده والصدقة لا تتعلق بها الحقوق فجاز أن يتولاها لنفسه ولغيره كالعتق والطلاق .

١٩٦٨٣ - قالوا : لو قال أعط من شئت لم يجز أن يعطى نفسه (٦) .

١٩٦٨٤ - قلنا : الإعطاء يقتضي معطًا فلابد أن يكون غيره والجعل يقتضي محلًا لوضعه ولا يقتضي أن يكون ذلك المحل غيره (٧) .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ وأثبتناها تماشيًا مع سياق المصنف .

(٢) قال السرخسي في المبسوط « ولو أوصى رجل إلى رجل بثلثه يضعه حيث أحب أو يجعله حيث أحب فهما سواء وله أن يجعله في نفسه ولمن أحب من ولده » . انظر : المبسوط (٧٩/٢٨) .

(٣) انظر : النكت ورقة ١٩٠ ، المهذب (٤٥٦/١) ، المجموع (٤٧٢/١٥) ، نهاية المحتاج (١٠٠/٦) .

(٤) ومراد المصنف : أن الموصى له مفوض في الوصية فإذا وضعها في نفسه أو ولده جاز ذلك كالمولى يفوض عبده في عتق نفسه والزوج يفوض زوجته في طلاق نفسها . انظر : الهداية (٢٤٣/١) ، المبسوط (٧٩/٢٨) .

(٥ ، ٦) انظر : النكت ورقة ١٩٠ . (٧) انظر : المبسوط (٧٩/٢٨) .

موسوعة

القواعد الفقهية المقارنة

المسماة

التجريد

كتاب الوديعة

كتاب الوديعة [1]

(١) تعريف الوديعة :

الوديعة في اللغة : ما وضع عند غير مالكه ليحفظه ، والوديعة واحدة الودائع ، يقال : أودعه مالًا أي دفعه إليه ليكون وديعة عنده ، وأودعه مالًا أيضًا قبله منه وديعة ، فالوديعة من أسماء الأضداد تستعمل في إعطاء المال لحفظه وفي قبوله . وسميت وديعة بالهاء لأنهم ذهبوا بها إلى الأمانة . قال صاحب لسان العرب : استودعه مالًا أودعه إياه دفعه إليه ليكون وديعة وأودعه قبل منه الوديعة .

والوديعة عند الفقهاء : أولًا : عند الحنفية : يعرف المذهب الحنفي الوديعة بمعنى الإيداع بأنها تسليط الغير على حفظ ماله ، أو دلالة . فالصريح : كما إذا قال له : خذ هذا المال لتحفظه عندك لي . والدلالة : كما لو دفع ثوبًا بين يدي رجل بغرض الحفظ ولم يقل صاحب الثوب شيئًا بل تركه وذهب فإن ذلك يكون إيداعًا دلالة .

ثانيًا : عند المالكية : عرفها بتعريفين التعريف الأول : عبارة عن توكيل على مجرد حفظ المال . التعريف الثاني : أنها عبارة عن نقل مجرد حفظ المملوك الذي يصح نقله إلى الوديع .

ثالثًا : عند الشافعية : الوديعة بمعنى الإيداع بأنها عبارة عن العقد المقتضي للاستحفاظ أي الصيغة المقتضية لطلب الحفظ مثل قول محمد : استحفظك هذا المال ، فيقول خالد : قبلت .

رابعًا : عند الحنابلة : الوديعة بمعنى الإيداع بأنها توكيل في الحفظ تبرعًا أي توكيل رب المال جائز التصرف في حفظ ماله تبرعًا ، والوديعة بمعنى الاستيداع توكيل في حفظ مال غيره تبرعًا بغير تصرف .

حكم الوديعة : الأصل في الوديعة الإباحة ، فمالك المال يتخير الوسيلة التي يراها مناسبة للحفظ على ماله سواء كان بنفسه أو بواسطة من يأتمنه عليه ما لم يكن هناك ما يوجب الإيداع أو يحرمه كما أن الوديع مخير في الأقدام على قبول الوديعة أو عدم قبولها .

الأدلة على مشروعيتها : من القرآن والسنة والإجماع :

١ - قوله تعالى : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ . وقد أجمع المفسرون أن الآية وإن وردت في سبب خاص فعمومها معتبر بقرينة الجمع وأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب فتكون الآية دالة على وجوب أداء جميع الأمانات إلى أهلها والوديعة أمانة فيجب ردُّها .

٢ - السنة : قول عن أبي هريرة ﷺ قال : قال رسول الله ﷺ : « أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك » .

٣ - الإجماع : أجمع العلماء في كل عصر على جواز الإيداع والضرورة تقتضيها والناس إليها في حاجه فيحتاجون إلى من يحفظ أموالهم . انظر : مختار الصحاح ص ١٧٤ ، المعجم الوسيط (١٠٦٢/٢) ، كشاف القناع (١٤١/٤) ، لسان العرب لابن منظور ٧ / ٤٧٩٥ وما بعدها ، تكمله رد المحتار (٣٢٨/٨) ، البحر الرائق (٢٧٣/٧) ، مواهب الجليل (٢٥٠/٥) ، الخرشي على مختصر الخليل (١٠٨/٦) ، الشرح الصغير (٥٤٩/٣) ، نهاية المحتاج على شرح المنهاج للرملي (١٠٩/٦) ، حاشية الباجوري (١٠٤/٢) ، كشاف القناع (١٤١/٤) ، الروض المربع (٢٢٩/٢) ، حاشية الروض المربع (٤٥٦/٥) ، مواهب الجليل (١٨٣/٥) ، تفسير روح المعاني للألوسي (٢٣/٥) ، المغني والشرح الكبير (٢٨٠/٧) .

مسألة ٩٩٢

حكم السفر بالوديعة

١٩٦٨٥ – قال أبو حنيفة [ﷺ] : [1] يجوز للمُودَع [2] السفر بالوديعة .

١٩٦٨٦ – وقال الشافعي : لا يجوز له السفر بها [3] .

١٩٦٨٧ – لنا : أنه أمره بالحفظ وهو عام في السفر والحضر فإذا جاز له الإمساك في إحدى الحالتين كذلك الآخر [4] .

١٩٦٨٨ – ولأن الحضر إحدى حالتي المودع فإذا أودعه فيها جاز أن يحفظ في غيرها كما لو أودعه في السفر جاز له أن يحفظ في الحضر/ ، ولأنه مؤتمن في الحفظ كالوصي والأب [5] .

١٩٦٨٩ – والدليل على أن الموصى يملك السفر بالمال والإذن في السفر ما روى محمد في كتاب المضاربة عن عمر أنه أعطى مال اليتيم مضاربة فعمل به في دكان يأتي الحجاز [6] فيقاسم عمر الربح [7] وإذا جاز للإمام الإذن في السفر جاز الموصى ولأنه نقل الوديعة نقلًا يأمن عليها في الغالب كما لو نقلها من محلة إلى محلة [8] .

---

(١) ساقط من (ص) .

(٢) المودع : بالفتح هو من وضعت عنده الوديعة لحفظها بلا عوض . انظر : توضيح الأحكام من بلوغ المرام (٣٢٢/٤) .

(٣) انظر : النكت للشيرازي ص ١٩١ ، فتح الوهاب بشرح منهاج الطلاب (٢١/٢) ، المجموع للنووي (١٨٤/١٤ ، ١٨٥) ، مغني المحتاج (٨٣/٣) ، روضة الطالبين (٣٢٨/٦ ، ٣٢٩) وبه قال مالك : انظر : جواهر الإكليل (١٤٢/٢) ، بداية المجتهد (٢٣٤/٢) ، حاشية الدسوقي (٤٢٣/٣) ، حلية العلماء للقفال (١٧١/٥) .

(٤) انظر : المبسوط (٢٢/١١) ، بدائع الصنائع (٢٠٩/٦) ، البناية على الهداية (١٥٠/٩) .

(٥) انظر : البناية على الهداية (١٥٠/٩) ، كشاف القناع (١٧٤/٤) .

(٦) الحجاز : قال الأصمعي : الحجاز من تخوم صنعاء من العبلاء قريبًا له إلى تخوم الشام ، وإنما سمي حجازًا لأنه حجز بين تهامة ونجد ، فمكه تهامية والمدينة حجازية والطائف حجازية . انظر : معجم البلدان (٢١٩/٢) ، بلوغ الأرب (٢٥٥/٢) .

(٧) انظر : المبسوط (١٨/٢١) ، بدائع الصنائع (٧٩/٦) ، البناية على الهداية (٥٥/٩) .

(٨) انظر : المبسوط (١٢٢/١٢) ، بدائع الصنائع (٢١٩/٦) ، هداية الراغب ص ٣٩٩ ، نيل المأرب (١٩٥/٣) .

١٩٦٩٠ - احتجوا : بما روي أن النبي ﷺ قال : « المسافر وماله لعلي فقلت الأمام ومعناه لعلى هلاك » [١] .

١٩٦٩١ - قلنا : هذا الخبر ليس له أصل عن رسول الله ﷺ وإنما ذكره أهل اللغة عن بعض الأعراب فقد ندب النبي ﷺ إلى السفر وقال : « سافرو تغنموا » [٢] وهو عليه السلام لا يأمرنا للغالب منه الهلاك .

١٩٦٩٢ - قالوا [٣] : سافر بالوديعة بغير إذن صاحبها من غير ضرورة فلزمه ضمانها أصله إذا كان السفر مخوفًا .

١٩٦٩٣ - قلنا : لا نسلم أنه قبلها من غير إذن لأنه لما أطلق الإذن فعمومه يقتضي حفظها في كل حال والمعنى في السفر المخوف أنه لو أمسكها في مثله في الحضر لم يجز كذلك في السفر [٤] وإذا كان سفرًا مأمونًا لو أمسكها على ذلك الوجه في الحضر لم يضمن كذلك في السفر [٥] .

١٩٦٩٤ - قالوا [٦] : في الحضر إذا خاف عليها نقلها من حرز [٧] إلى حرز دونه

---

(١) انظر : كشف الخفاء (٢٦٧/٢) ط مؤسسة الرسالة . نقول : هذا ليس حديثًا وإنما هو وارد عن بعض السلف وتوهَّم من رواه حديثًا ثم على فرض أنه حديث فهو ضعيف كما ذكر العجلوني في كشف الخفاء (٢٦٧/٢) ولعل مراده ﷺ بذلك بيان الحالة في ذلك الوقت فإن المسلمين كانوا لا يأمنون خارج المدينة لغلبة الكفار ألا ترى أنه فيما أخبر من الأمر بعده قال : يوشك أن تخرج الظعينة من القادسية إلى مكة لا تخاف إلا الله تعالى والذئب على غنمها . انظر : المبسوط (١٢٢/١١) ، بدائع الصنائع (٢٠٩/٦) .

(٢) مسند بن حبيب (٥٩/١) ، رواه البيهقي في السنن الكبرى بنحوه (١٠٢/٧٥) باب قول الله تعالى : ﴿ وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ﴾ وأورده البيهقي في مجمع الزوائد بنحوه من طريق عمر قال : قال رسول الله ﷺ : « سافروا تصحوا وتسلموا » وفيه عبد الله بن هارون وهو ضعيف . انظر : مجمع الزوائد (٢١٠/٣) .

(٣) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٩١ .

(٤) قال السرخسي : « ولا يجوز أن يقيد مطلق أمره بالعرف والمقصود لأن النص مقدم على ذلك والمقصود مشترك فقد يكون قصده أن يحمل المال إليه خصوصًا إذا سافر إلى البلد الذي فيه صاحب المال » . انظر : المبسوط (١٢٢/١١) ، بدائع الصنائع (٢٠٩/٦) .

(٥) انظر : المبسوط (١٢١/١١ ، ١٢٢) ، البناية على الهداية (١٤٩/٩) ، كشاف القناع (١٧٤/٤) .

(٦) قال الشربيني الخطيب المعنى : « فإن دفنها بموضع له حرزًا وسافر ضمنها لأنه عرَّضها للأخذ هذا إذا لم يعلم بها من ذكره » . انظر : مغني المحتاج (٨٢/٣) ، المجموع للنووي (١٨٥/١٤) .

(٧) الحرز : الموضع الحصن ويقال حرز حريز وحارز أي حصن حصين منيع . انظر : المنجد في اللغة والإعلام صـ ١٢٦ .

فصار كما لو حفظ الوديعة في موضع لا تحفظ فيه .

١٩٦٩٥ - قلنا : حرز الحضر أحفظ منه إلا أنه أطلق فاقتضى إطلاق الأمر حفظها بكل حال نقلها إلى ما دون الأحفظ نقلها في الحضر من الحرز إلى حرز دونه فأما إذا حفظها حيث لا تحفظ فهو كما لو سافر بها في الطريق لا يسافر بمثلها فيه (١) .

* * *

(١) قال الإمام العيني « وأجمعوا على أنه إن كان الطريق مخوفًا يضمن كيفما كان ثم قال : وأجمعوا على أنه لو سافر بالوديعة في البحر يضمن » . انظر : البناية على الهداية (١٤٩/٩) .

مسألة ٩٩٣

إيداع المودع الوديعة زوجته أو ولده

١٩٦٩٦ - قال أصحابنا : إذا استحفظ المودع الوديعة زوجته أو ولده والذي في عياله أو خادمه لم يضمن (١) .

١٩٦٩٧ - قال الشافعي : يضمن إلا أن يستحفظها استعانة بها من غير أن تغيب عن عينه (٢) .

١٩٦٩٨ - لنا : أنها حصلت في يده بأمر مالكها فلم يضمنها بتسليمها إلى زوجته أصله العارية (٣) ولأنها أمانة في يده فإذا استحفظها زوجته لم يضمنا أصله الإجازة (٤) ولأنه مؤتمن فجاز أن يحفظ الأمانة بغيره كالوصي (٥) .

١٩٦٩٩ - ولأنه لم يسلم الوديعة إلى من في عياله حصلت في أيديهم حكمًا لأن المودع إذا تركها من منزله وخرج ليعرفه صارت الدار وما فيها في أيديهم فإذا سلمها إليهم لم يضمن بالتسليم .

١٩٧٠٠ - احتجوا (٦) : بأنه أودع الوديعة بغير إذن صاحبها من غير حاجة فلزمه

---

(١) انظر : الجامع الصغير صـ ٤٣١ ، قال السرخسي في المبسوط : « فإن دفعها إلى بعض من في عياله من زوجته أو ولده أو والديه أو أجيره فلا ضمان عليه إذا هلكت استحسانًا وفي القياس هو ضامن » انظر : المبسوط (١٠٩/١١) ، بدائع الصنائع (٢١٧/٦) ، شرح فتح القدير (٤٥٢/٧) ، البناية على الهداية (١٣٣/٩ ، ١٣٤) ، الهداية (٢١٥/٣) ، اللباب (٢٠٠/٢) ، وبه قال مالك انظر : جوهر الإكليل (١٤١/٢) ، حاشية الدسوقي (٣١٥/٣) ، شرح منح الجليل (٤٦٢/٣) ط دار الباز وبه قال أحمد انظر : المقنع (٢٧٨/٢) ، الشرح الكبير (٢٩٨/٧) ، كشاف القناع (١٧٣/٤) ، شرح الزركشي (٥٧٨/٤) .

(٢) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٩١ ، فتح الوهاب (٢١/٢) ، المجموع للنووي (١٩٠/١٤) ، مغني المحتاج (٨١/٣) روضة الطالبين (٣٢٧/٦) .

(٣) انظر : المبسوط (١١٤/١١) ، البناية على الهداية (١٣٤/٩) .

(٤) قال السرخسي : « وذكر في جملة من في عياله الأجير والمراد التلميذ الخاص الذي استأجره مشاهرة أو مساهمة أما الأجير يعمل من الأعمال كسائر الأجانب يضمن الوديعة بالدفع إليه » . انظر : المبسوط (١١٠/١١ ، ١١٤) ، البناية على الهداية (٣٧٧/٩ ، ٣٨٧) .

(٥) انظر : الجامع الصغير صـ ٤٣١ ، المبسوط (١١٠/١١) ، بدائع الصنائع (٢٠٨/٦) ، البناية على الهداية (١٣٤/٩) اللباب (٢٠٠/٢) .

(٦) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٩١ .

الضمان أصله إذا أودعه من أجنبي [١] .

١٩٧٠١ - قلنا : تسليمها إلى عبده وزوجته ليس بإيداع وإنما هو استخدام واستحفاظ [٢] ألا ترى أن المودع سافر ويده يد مودعه ويدهم غير متميزه من يده ولا منفردة وحرزهم حرز واحد فهو كما لو وضعها في بيته ثم استحفظها لأهل البيت [٣] .

١٩٧٠٢ - ولأن الأجنبي لا يقتضي الإيداع حصول العين في يده حكمًا فلم يجز تسليم الوديعة إليه نصًا وليس كذلك الزوجة [٤] لأن الإيداع اقتضى كون الوديعة في يدها حكمًا فلم يضمن بالتسليم إليها استحفاظًا وأمرًا [٥] .

* * *

---

(١) انظر : المجموع للنووي (١٩٠/١٤) ، مغني المحتاج (٩٢/٣) ، روضة الطالبين (٣٢٧/٦) .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (٢٠٨/٦) .

(٣) انظر : المبسوط (١١٠/١١ ، ١١٤) ، بدائع الصنائع (٢٠٨/٦) .

(٤) انظر : المبسوط (١١٠/١١) ، جواهر الإكليل (١٤١/٢) ، حاشية الدسوقي (٤٢٣/٣) .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (٢٠٩/٦) ، البناية على الهداية (١٣٤/٦) .

مسألة ٩٩٤

حكم إذا أودع الوديعة فهلكت

١٩٧٠٣ - قال أبو حنيفة [ﷺ] : إذا أودع الوديعة فهلكت ضمن المودع الأول ولم يضمن الثاني (١) .

١٩٧٠٤ - وقال أبو يوسف ومحمد : للمالك أن يضمن أيهما شاء .

١٩٧٠٥ - وبه قال الشافعي (٢) .

١٩٧٠٦ - لنا : قوله ﷺ : « ليس على المودع غير المغل » (٣) ضمان (٤) ولأنه مودع لمؤتمن فإذا هلكت الوديعة في يده لم يضمنها كمودع الصبي .

١٩٧٠٧ - والشريك والمضارب (٥) .

١٩٧٠٨ - فإن قيل : المعنى في الأصل أنه قبض ماله لأن يقبضه فلم يلزمه الضمان وفي مسألتنا قبض ما ليس له أن يقبضه فلذلك لزمه الضمان (٦) .

١٩٧٠٩ - قلنا : علة الأصل تبطل (٧) بمن اضطر إلى مال غيره فقد قبض ماله لأن يقبضه وعليه الضمان ، وكذلك المشترى إذا قبض البيع فهو مضمون بالقبض وقد قبض

(١) انظر : الجامع الصغير صـ ٤٣٢ ، المبسوط (١٣٢/١١) ، بدائع الصنائع (٢٠٨/٦) ، شرح فتح القدير (٤٦١/٧) ط دار إحياء التراث العربي بيروت ، البناية على الهداية (١٥٩/٩) الهداية (٢١٨/٣) ، وهو ما ذهب إليه مالك انظر : جواهر الإكليل (١٤١/٢) ، بداية المجتهد (٢٣٤/٢) ، شرح فتح الجليل على مختصر خليل (٤٦٢/٣) ط الباز ، وبه قال الإمام أحمد في رواية انظر : المقنع (٢٧٩/٢ ، ٢٨٠) ، المغني لابن قدامة (٢٨٢/٧) ، الشرح الكبير (٢٩٩/٧) ، شرح الزركشي (٥٧٨/٤) .

(٢) انظر : الجامع الصغير صـ ٤٣٢ ، المبسوط (١٣٢/١١) ، بدائع الصنائع (٢٠٨/٦) ، النكت للشيرازي ورقة ١٩١ ، المجموع للنووي (١٨٩/١٤) ، مغني المحتاج (٨٢/٣) ، روضة الطالبين (٣٢٧/٦) ، حلية العلماء (١٧٣/٥) وبه قال أحمد وهو ما عليه المذهب انظر : المقنع (٢٧٩/٢ ، ٢٨٠) ، المغني لابن قدامة (٢٨٢/٧) ، الشرح الكبير (٢٩٩/٧) كشاف القناع (١٧٤/٤) ، شرح الزركشي (٥٧٨/٤) .

(٣) المغل : الخائن نصيب الراية (١١٥/٤) .

(٤) رواه الدارقطني (٤١/٣) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده والبيهقي في السنن الكبرى بنحوه (٨٩/٦ ، ٩١) .

(٥) البناية على الهداية (٨٤/٩) ، الهداية (٢٠٦/٣ ، ٢٠٧) .

(٦) المجموع للنووي (١٩٠/١٤) .

(٧) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

ماله قبضة وعلة الفرع تبطل بالصبي والعبد المحجور إذا قبل الوديعة فتلفت لم يضمن أو قد قبضا ما ليس لهما أن يقبضاه (١) .

١٩٧١٠ - ولأنه قبض واحد فلا يتعلق به ضمان على اثنين على كل واحد منهما في جميع المقبوض الغاصب (٢) .

١٩٧١١ - فإن قيل : المودع الثاني بالقبض والأول برفع يده عنها وتركه حفظها وإن لم يكن هناك يد أخرى (٣) .

١٩٧١٢ - قلنا : رفع يده إنما يكون بانفراد الثاني باليد فيها ألا ترى أنه بالدفع إليه لا يضمن ولا يقبض الثاني لأن له قبضها والأول حاضر ولم يضمن واحد منهما هذا القبض لأن يد الأول باقية باستحفاظها نقلًا من بين يديه وتحمل الحمال معه .

١٩٧١٣ - فعلم أن قولهم رفع يده عنها إلى غير مستحقها فهو قولنا أن الضمان يتعلق بقبض الثاني (٤) فأما إذا تركها في الصحراء فلم يضمنها بإزالة يده وإنما يضمنها بتضييعها (٥) وتسليمها إلى المودع الثاني ليس بتضييع (٦) .

١٩٧١٤ - ولأن عمل الثاني رفع الأول بدلالة أن ما يلزمه الضمان يرجع به عليه وقد وجب بهذا العمل الضمان على الأول ولا يجب على الثاني كالأجير المشترك إذا دق أجيره الثوب فحرقه ولا يلزم المودع إذا استأجر من نقض له ثوب الوديعة ، لأن الضمان وجب على الثاني على المودع يقتضي الأجير لا بتحريقه (٧) .

١٩٧١٥ - ولا يلزم قبض المشتري من المودع ؛ لأن عمله لم يقع للمودع وإنما وقع قبضه لنفسه بدلالة أنه لا يرجع عليه بالضمان (٨) فإذا قبضها عند الاختيار لم يضمن

---

(١) انظر : المبسوط (١٢٠/١١) ، بدائع الصنائع (٢٠٧/٦) ، المقنع (٢٨٢/٢) ، كشاف القناع (١٧٤/٤) .

(٢) انظر : المبسوط (١٣٢/١١) ، بدائع الصنائع (٢٠٨/٦) .

(٣) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٩١ .

(٤) انظر : شرح فتح القدير (٤٦١/٧ ، ٤٦٢) .

(٥) قال الإمام العيني في ضمان الوديعة : وكل أمر يتخوف منه فهو عورة وكذلك كل أمر يستحق منه ، ومنه عورة الإنسان وعورة الجبال شقوقها ، ويقال : عورة المكان إذا بدا منه موضع خلل وكذلك أعور الفارس ورجل أعور مختل العين . انظر : البناية على الهداية (١٥٩/٩) ، وقال ابن قدامة : « و إن دفنها في موضع ولم يعلم بها أحد ضمنها لأنه فرط في حفظها » انظر : المغني لابن قدامة (٢٨٣/٧) ، شرح الكبير (٣٠٤/٧) .

(٦) انظر : المبسوط (١٣٢/١١) ، بدائع الصنائع (٢٠٨/٦) .

(٧) انظر : المبسوط (١٣٢/١١ ، ١٣٣) ، شرح فتح القدير (٦٢/٨) ، اللباب (٩٣/٢) .

(٨) انظر : المقنع (٢٧٩/٢) ، كشاف القناع (١٧٤/٤) .

كمودع المستأجر وعكسه إذا أخذها بغير أمر المودع [١] .

١٩٧١٦ - ولأن مالا يضمن به مودع المستأجر لا يضمن به مودع المودع أصله إذا أودعه إياها وهو معه ولم يفارقه [٢] .

١٩٧١٧ - احتجوا : بأن الثاني أخذ مال غيره ولم يجز له وأخذه وهو من أهل الضمان فوجب عليه الضمان أصله الغاصب والمشتري من الغاصب [٣] .

١٩٧١٨ - قلنا : لا نسلم أنه أخذ ما لم يجز له أخذه لأنه إذا سلم إليه ليحفظها وهو حاضر أو ليحملها معه لم يضمن فالأخذ حصل وله أن يأخذ وإنما حصل التعدي من المودع بالإعراض عنها بعد التسليم وهذا المعنى لا صنع فيه للمودع الثاني [٤] فأما الغاصب والمشترى منه فدليل .

١٩٧١٩ - لأنه تعلق به الضمان فوجب على كل واحد ولم يجب على اثنين على كل واحد منهما في جميع المضمون [٥] .

١٩٧٢٠ - قالوا : أخذ الوديعة ممن لا يجوز له أخذها منه [٦] .

١٩٧٢١ - قلنا : الوصف غير مسلم على ما بينا والمعنى فيه أن إمساك المودع لم يقع للصبي بدلالة أنه لا يرجع عليه الضمان وفي مسألتنا العمل وقع له وقد وجب الضمان به فلم يجب على غيره .

* * *

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (٢٠٨/٦) .

(٢) انظر : المبسوط (١٣٢/١١) ، شرح فتح القدير (٤٦٢/٧) .

(٣) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٩١ .

(٤) انظر : المبسوط (١٣٢/١١) شرح فتح القدير (٤٦٢/٧) .

(٥) انظر : الهداية (١١/٤) وما بعدها .

(٦) انظر : النكت للشيرازي ورقة (٤٦٢/٧) .

الإيداع لدى الصبي المال وإتلافه إياه

١٩٧٢٢ – قال أبو حنيفة : إذا أودع رجل صبيًا مالًا أو أقرضه إياه فأتلفه فلا ضمان عليه [(١)]

١٩٧٢٣ – وقال أبو يوسف : عليه الضمان وهو المشهور .

١٩٧٢٤ – من قول الشافعي : ومن أصحابه من قال : فيها وجه آخر مثل قول أبي حنيفة [(٢)] .

١٩٧٢٥ – لنا : أن المقرض أذن في الاستهلاك ومن أذن للصبي في استهلاك ماله ففعل لم يضمن فكذلك إذا كان الإذن في مضمون كلامه ولأن من عادة الصبي إتلاف الأموال [(٣)] فإذا مكنه من ماله مع علمه بعادته فكأنه رضى بإتلافه [(٤)] يبين هذا أن من قدم شعيرًا إلى دابة أو لحمًا إلى هرٍّ [(٥)] كان ذلك رضًا بإتلافه ومن وصى بإتلافه لم يجز له تضمين المتلف كما لو أذن في ذلك صريحًا .

١٩٧٢٦ – ولا يلزم إذا أودع صبيًا مأذونًا لأن الولي لا يأذن للصبي إلا إذا علم أن عادته المثل [(٦)] ولا يلزم إذا أودع سكرانًا مالًا لا يعرف قيمته في ذلك .

١٩٧٢٧ – ولا يلزم إذا أودعه عبدًا فقتله ؛ لأن الصبيان لم تجر عادتهم بقتل العبد

---

(١) قال أبو حنيفة : « لا يضمن » وهو وجه للشافعي انظر : المبسوط (١١/١١٩ ، ١٢٠) ، بدائع الصنائع (٦/٢٠٧) ، المجموع للنووي (١٤/١٧٥) ، روضة الطالبين (٦/٣٢٥) ، مغني المحتاج (٣/٨١) ، وبه قال مالك انظر : جواهر الإكليل (٣/١٤٤) ، حاشية الدسوقي (٣/٤٣٢) ، حاشية رد المحتار (٥/٦٦٣) وبه قال أحمد في المذهب انظر : المقنع (٢/٣٨٢) ، كشاف القناع (٤/١٧٨) ، شرح منتهى الإرادات (٢/٤٤٥) ط دار الفكر حلية العلماء للقفال (٥/١٦٨) .

(٢) انظر : المبسوط (١١/١٢٠) ، بدائع الصنائع (٦/٢٠٧) ، حاشية رد المحتار (٥/٦٦٣) وهو وجه للشافعي انظر : المجموع للنووي (١٤/١٧٥) ، روضة الطالبين (٦/٣٢٥) ، مغني المحتاج (٣/٨١) ، نهاية المحتاج (٦/١١٤) . المقنع (٢/٢٨٢) ، كشاف القناع (٤/١٧٨) ، شرح منتهى الإرادات (٢/٤٥٥) .

(٣) انظر : المبسوط (١١/١٢٠) ، بدائع الصنائع (٦/٢٠٧) .

(٤ ، ٥) انظر : المبسوط (١١/١١٩) ، بدائع الصنائع (٦/٢٠٧) ، حلية العلماء للقفال (٥/١٦٨) .

(٦) انظر : بدائع الصنائع (٦/٢٠٧) ، المبسوط (١١/١١٩) ، شرح منتهى الإرادات (٢/٤٥٥) .

فلم يكن إيداعه رضًا بالقتل ولا يقال له لو ألقى ماله في البرية فقد رضي بإتلافه مع هذا لو أتلفه متلف ضمن ؛ لأنه ألقاه في الطريق رضى بإتلافه من ليس بمعنى والإباحة لمن ليس بمعنى لا يتعلق بها حكم كما لو قال أيحب واحد من الناس إتلافه ؛ لأن إتلاف الوديعة ضمان يختص بالأموال [١] . فإذا وجد من الصبي الوديعة لم يضمنها للتضييع والدلالة عليها أنه لم يتلفها فلا يلزم القتل لأنه ضمن لا يختص بالأموال .

١٩٧٢٨ – احتجوا : بأن من ضمن المال بالإتلاف قبل الإيداع ضمنه بعده أصله البالغ [٢] .

١٩٧٢٩ – قلنا : البالغ يضمن بالتضييع بالإتلاف [٣] والصبي الوديعة بالتضييع فجاز أن يسقط عنه ضمانها بالإتلاف .

١٩٧٣٠ – ولا يلزم العبد إذا قبله لأنا عللناه لسقوط الضمان بالإتلاف في الجملة ولا يعلل لأعيان المتلفات [٤] .

٢/أ ١٩٧٣١ – قالوا : يضمنه الصبي قبل الإيداع فكذا يضمنه بعده أصله العبد إذا / قتله [٥] .

١٩٧٣٢ – قلنا إيداع العبد ليس بتعريض من المولى لإتلافه فلم يسقط ضمان الإتلاف وإيداع الطعام والأموال للصبيان تعريض من مالكها بالاتلافها فأسقط ذلك [٦] ضمانها ولأن المال إذا أتلفه الصبي فقد ضيع الحفظ منه عند الإتلاف وذلك معنى لا يضمن به الصبي الوديعة فإذا أتلفها فهو من جنس الضمان كالأول ، وأسباب الضمان عند أبي حنيفة إذا تكررت من جنس واحد لم يجب الثاني [٧] وأما القتل فقد ضيع الحفظ فيه حين قصد قتله وذلك لا يتعلق به الضمان لم يجز بغيره القتل وهو من غيره

---

(١) قال السرخسي : « استحفاظ من لا يحفظ تضييع للمال فكأنه ألقاه على قارعة الطريق ولو فعل ذلك فأتلفه صبي كان ضامنًا » . انظر : المبسوط (١١٩/١١) .

(٢) انظر : المجموع للنووي (١٧٦/١٤) ، روضة الطالبين (٣٢٥/٦) ، مغني المحتاج (٨١/٣) ، المقنع (٢٨٢/٢) .

(٣) أي أن الوديعة إذا ضاعت بإتلافه وكان سببًا في ذلك فإنه يضمن انظر : بدائع الصنائع (٢١١/٦) .

(٤) قال السرخسي : « وإن هلكت الوديعة عند الصبي والعبد فلا ضمان عليها لانعدام صنيع موجب الضمان » انظر : المبسوط (١٢٠/١١) ، بدائع الصنائع (٢٠٧/٦ ، ٢١١) .

(٥) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٩٢ .

(٦) انظر : المبسوط (١١٩/١١) ، بدائع الصنائع (٢٠٧/٦) .

(٧) انظر : المبسوط (١١٩/١١) .

ضمن الضمان الأول فجاز أن يثبت حكمه [١] ولهذا قال : إن العين المغصوبة لو زادت فباعها الغاصب لم يضمن الزيادة [٢] ولو كانت جارية فقتلها ضمنها زائدة .

١٩٧٣٣ – فإن قيل : الإيداع استحفاظ من طريق الصريح فلا يجوز أن يجعل رضًا بالاستهلاك .

١٩٧٣٤ – قلنا : هو استحفاظ باللفظ وإباحة في المعنى وقد يجب الرجوع إلى معنى الكلام ويسقط صريحه ألا ترى أنه لو قال لا تودع الوديعة جاز له أن يودعها إذا وقع الحريق فلم يعتبر صريح اللفظ واعتبر معناه [٣] .

* * *

---

(١) انظر : المبسوط (١١٩/١١) .

(٢) قال السرخسي : « وعندنا سبب وجوب الضمان تفويت يد المالك وذلك بابتداء الغصب فتعتبر قيمتها عند ذلك فإن باعها وسلمها بعد ما صارت قيمتها ألفين بالزيادة المتصلة فهلكت عند المشتري ثم جاء صاحبها فله الخيار إن شاء ضمن قيمتها يوم قبض العين وإن شاء ضمن الغاصب ؛ لأن المشترى معتدٍ بقبضها لنفسه على طريق التمليك وهذا في القبض تفويت يد المالك حكمًا على ما بيَّنا أنه كان متمكنًا من استردادها من الغاصب وقد زال بقبض المشتري على التمليك لنفسه فيقبض قيمتها وذلك ألفا درهم بمنزلة ما لو غصبها غاصب من الأول بعد الزيادة فإن للمالك أن يضمن الغاصب الثاني قيمتها وقت غصبه .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (٢٠٨/٦) .

مسألة ٩٩٦

حكم إذا تعدى المودع في الوديعة ثم زال التعدي

١٩٧٣٥ – قال أصحابنا : إذا تعدى المودع في الوديعة ثم أزال التعدي زال الضمان فعادت العين إلى الأمانة [١] .

١٩٧٣٦ – وقال الشافعي : لا يزول الضمان بإزالة التعدي فإن أذن له المالك في إمساكها بعد إزالة التعدي أو أبرأه من ضمانها زال الضمان في ظاهر المذهب .

١٩٧٣٧ – ومن أصحابه من قال : لا يزول الضمان إلا بأن يأخذها من يده وإذا تعدى الوكيل هل ينعزل عن الوكالة بالبيع فيه وجهان [٢] .

١٩٧٣٨ – لنا : قوله ﷺ : « من أودع وديعة فهلكت فلا ضمان عليه » [٣] .

١٩٧٣٩ – فإن قيل : لا نسلم أنها هلكت وهي وديعة .

١٩٧٤٠ – قلنا [٤] : لسنا نرجع تسميتها وديعة إلى حكم وإنما نرجع إلى اللغة والعرب تسميها وديعة مع وجود التعدي أو بعده ولأنه استعمال ضمنت به الوديعة فإذا زال ضمانها كما لو استعملها غير المودع فأخذها المودع [٥] .

١٩٧٤١ – ولأن كل يد لو عادت الوديعة إليها بعد استعمال الأجنبي زال الضمان إذا عادت إليها بعد استعمال المودع زال الضمان أصله وكيل المالك [٦] ولأن الوديعة

---

(١) وبه قال مالك انظر : المبسوط (١١٢/١١) ، شرح فتح القدير (٤٥٦/٧) ، حاشية رد المحتار (٦٦٩/٥) ، البناية (١٤٣/٩) ، الهداية (٢١٦/٣) ، والاختيار (٢٧٧/٢) ، المسألة في اللباب (١٩٨/٢) ، حاشية الدسوقي (٤٢٠/٤) ، بداية المجتهد (٤٠٠/٢) .

(٢) وبه قال أحمد . انظر : النكت ٧٩٢ ، المهذب (٣٦٢/١) ، مغني المحتاج (٨٨/٣) ، المغني لابن قدامة (٤٠١/٦) ط مكتبة زهران ، كشاف القناع (١٧٥/٤) .

(٣) رواه بن ماجه في سننه (٨٠٢/٢) من طريق عمرو بن شعيب ورواه البيهقي في السنن الكبرى (٢٨٩/٦) من طريق عمرو بن شعيب باب لا ضمان على مؤتمنه .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (٢٢٤/٥) .

(٥) أي أن الأمر باقٍ على إطلاقه حتى ولو تعدى المودع في الوديعة فإن ذلك لا يخرج الوديعة عن كونها وديعة في اللغة وفي الشرع . انظر : فتح القدير (٤٨٩/٨) .

(٦) انظر : فتح القدير (٤٩٠/٨) ، نتائج الأفكار (٤٨٨/٨) ، رد المحتار (٤٩٨/٤) .

محفوظة بعينها لصاحبها في الحرز المأذون فيه من غير إيقاع فعل فيها ولا منع فأشبه إذا لم يتعدى [١] .

١٩٧٤٢ - ولأن أمر المالك بحفظ الوديعة عام في عموم الأوقات [٢] والتعدي لا يبطل الأمر وإذا زال التعدي فقد أمسك العين بيد قامت مقام يد المالك بأمره فصار كما لو ردها على وكيله بقبض ودائعه [٣] .

١٩٧٤٣ - وهذا الدليل مبني على دعاوى ثلاث أحدها : أن يد المودع كمودعه [٤] ، والثانية : أن أمره عام في عموم الأوقات [٥] الثالثة : أن التعدي لم يبطل أمره بالحفظ [٦] .

١٩٧٤٤ - فأما الدليل على أن أمره قائم مقام يد المالك فهو أن العين لمنفعته فصار كوكيله وكوصي اليتيم [٧] ولأن العين لو هلكت في يده فلحقه ضمان رجع به على المودع عندنا وهو أحد القولين [٨] .

١٩٧٤٥ - وأما الدليل على عموم الأمر فلأن قوله احفظها لا يختص بوقت دون وقت ولهذا ملك إمساكها على التأبيد ولأن من تتعلق بقوله حكم يجب اعتبار عموم كلامه كصاحب الشريعة [٩] .

١٩٧٤٦ - والدليل على أن التعدي لا يبطل الأمر : لو أن رجلًا وكل رجلًا ببيع عبده بألف فباعه بخمسمائة ثم باعه بألف جاز [١٠] ولو كان التعدي يبطل الأمر انعزل عن الوكالة وكذلك لو أمره بعتق عبده ثم أعتقه أو باعه ثم اعتقه جاز العتق وبرئ بذلك من الضمان [١١] .

---

(١) انظر : المبسوط (١١٢/١١) .
(٢) انظر : فتح القدير (٤٨٩/٨) نتائج الأفكار (٤٨٩/٨) ، البحر الرائق (٢٧٧/٧) .
(٣) انظر : الاختيار (١٨٣/٢) . (٤) انظر : الاختيار (١٩٥/٢) .
(٥ ، ٦) انظر : البحر الرائق (٢٧٧/٧) .
(٧) أي أن وصي اليتيم يقوم مقام الأب وللأب التصرف فيما يعود على الصغير بالنفع فإذا تعدى الأب في مال الصغير ثم زال التعدي لا يكون ضامنًا فكذا وصي اليتيم لأنه يقوم مقامه . انظر : مجمع الأنهر (٢/ ٧٢٥) ، وفتح القدير (٤٩٠/٨) .
(٨) أي أن الوديعة لا تضمن بالهلاك بلا تعد كسرقة ولو وجدها إلا في صورتين :
١ - إذا كانت الوديعة بأجر . ٢ - إلا إذا أعارها فهلكت عند مستعيرها ضمنها . انظر : المنتقى (٣٣٧/٢) .
(٩) انظر : فتح القدير (٤٨٩/٨) ، البحر الرائق (٢٧٧/٧) .
(١٠ ، ١١) انظر : الاختيار (١٨٥/٢) .

١٩٧٤٧ - فإن قالوا : بيعه بأجل فيما أمر يجب فلا يبطل الأمر .

١٩٧٤٨ - قلنا : لا نسلم ذلك بل هو بيع موقوف على الإجازة ولأن البيع الموقوف فيما تناوله الأمر لا يبطل الأمر . أصله أو أمر صاحب الشريعة .

١٩٧٤٩ - فإن قيل : لأن المكلف لا يملك الضمان لأموال المودع والمودع يملك فسخ الوديعة .

١٩٧٥٠ - قلنا : لا يملك عندنا فسخ الوديعة بغير حضرة صاحبها كما لا يملك إبطال أمر الله تعالى ورده .

١٩٧٥١ - فإن قيل : لو جحد الوديعة أبطل الأمر بالإمساك وبمثله جحدًا بأوامر الله تعالى لا يؤثر في إسقاطها عن المكلف .

١٩٧٥٢ - قلنا : رد الأمر كفر وذلك يسقط الأوامر كلها عن المأمور عندنا حتى لا يلزمه شيء منها بعد السلامة كما يسقط الأمر بالجحود في مسألتنا .

١٩٧٥٣ - احتجوا : بما روى الحسن عن سمرة أن النبي ﷺ قال : « على اليد ما أخذت حتى ترد » .

١٩٧٥٤ - قلنا : هذا الخبر يقتضي رد العين وذلك لا يكون إلا مع قيامها والخلاف بيننا في وجوب رد القيمة ولأن الخبر يقتضي وجوب ردها وهو مضمون بالأخذ والوديعة لا تكون مضمونة عليه بالأخذ فوجب حمل الخبر على الأعيان المضمونة بالأخذ .

١٩٧٥٥ - قالوا : وديعة تلفت ماله أو تلفت فيها ضمنها فوجب أن لا يزول ضمانها عنه بفعله . أصله إذا جحدها ثم اعترف بها .

١٩٧٥٦ - قلنا : يقتضي إذا أحضر الوديعة بعد التعدي ومكن المالك منها فلم يقبضها وتبطل بالمودع إذا أذن للمودع في عتق عبد الوديعة فتعدى فيه ثم أعتقه .

١٩٧٥٧ - ثم نقول بموجبها : لأن الضمان لا يسقط بفعل المودع لكن إمساكه بأمر صاحب الوديعة وأصلهم الجحود وهو غير مسلم في إحدى الروايتين فإذا قلنا بذلك سقط كلامهم في المسألة .

١٩٧٥٨ - وإن سلمناه فالمعنى فيه أن الجحود الذي تعلق به الضمان هو أن يكون بمحضر من المالك أو وكيله ولو جحد بغير حضرتهما لم يضمن فإذا جحد بحضرة المالك فقد صرف الحفظ عن نفسه ؛ لأن جحود العقود يقتضي فسخها ولهذا لو تجاحد

المتبايعان انفسخ البيع والمودع يملك عزل نفسه بمحضر صاحب الوديعة .

١٩٧٥٩ – فأما إذا انعزل فلم تعد الوديعة إلا بعقد مستأنف وليس كذلك التعدي مع الاعتراف ؛ لأنه لم يرد الأمر بالحفظ فلذلك زال الضمان بزوال سببه .

١٩٧٦٠ – قالوا : وديعة ضمنت بسبب فجاز بقاء الضمان مع زوال السبب كما لو ضمنها ثم بدلها .

١٩٧٦١ – قلنا : الأصل غير مسلم ؛ لأنه إذا منع الاعتراف فالضمان يجب بالتعدي مع بقاء الأمر فيزول بدلها للمالك أخذها أو لم يأخذها .

١٩٧٦٢ – ولو سلمنا ذلك فلأن الضمان وجب بالمنع وذلك لا يزول إلا بالرد والتخلية وفي مسألتنا وجب الضمان بالركوب فإذا نزل عنها فقد زال المعنى الموجب للضمان فوجب أن يسقط الضمان .

١٩٧٦٣ – قالوا : تضمن الوديعة بعدوان فوجب أن تبطل بالاستئمار . أصله إذا جحد الوديعة ثم اعترف بها .

١٩٧٦٤ – قلنا : لا نسلم أن الاستئمار في الجحود بطل بضمان الوديعة ولا بالعقد وإنما ضمن برد الاستئمار حين زعم أنه يمسكها بنفسه وهذا لا يوجد في التعدى .

١٩٧٦٥ – والمعنى في الجحود أن الضمان وجب بالمنع من المالك والمنع لا يزول بالاعتراف وإنما يزول بالتخلية وفي مسألتنا الضمان وجب بالمخالفة وقد زالت بترك التعدي فعادت العين إلى يد المودع كما كانت .

١٩٧٦٦ – قالوا : ما مضى بإخراجه من الموضع المأذون فيه لم يبرأ برده إليه من غير إذن مجرد . أصله : إذا استأجر دابة إلى الكوفة فأخرجها إلى القادسية ثم رد فإذا أزال التعدي فقد عادت العين إلى يد تقوم مقام يد المالك فعاد إلى الكوفة .

١٩٧٦٧ – قالوا : ولذلك قلتم في المستعير إذا تعدى ثم زال التعدى لم يبرأ من الضمان .

١٩٧٦٨ – قلنا : يد المستأجر ويد المستعير غير قائمة مقام يد المالك لأن كل واحد منهما يمسك الشيء لمنفعة نفسه فإذا تعدى ثم أزال التعدي فلم يرد العين إلى يد تقوم مقام يد المالك ويد المودع .

١٩٧٦٩ – وقد دللنا على أنها قائمة مقام يد المالك فكان بردها إلى وكيله .

١٩٧٧٠ – ومن أصحابنا من قال : إذا أجره إلى الكوفة ذهابًا فتجاوزها ثم رجع إليها برأ من الضمان . لأنه مستعمل للدابه بأمر مالكها فكأنه أجرها منه بعد التعدي . وأما إن أعاره أو أجره ذهبًا فتجاوز ثم ردها إلى الكوفة لم يبرأ لأنه ليس بمستعمل لها بأمر مالكها فلم يبرأ من الضمان .

١٩٧٧١ – قالوا : من ضمن شيء بإخراجه من الحرز على وجه العدوان لم يزل عنه الضمان برده إلى الحرز كالسارق إذا أخرج الشيء من حرزه ثم رده إليه .

١٩٧٧٢ – قلنا : الضمان عندنا لا يزول برد الوديعة إلى الحرز ولكن بردها إلى يد تقوم مقام يد المالك بأمره وهذا لا يوجد في السارق إذا رد العين إلى بيت المالك .

* * *

حكم إذا أودعه كيسًا مسدودًا فحله أو صندوقًا مقفولًا ففتحه

١٩٧٧٣ - [قال أصحابنا] [١] إذا أودعه كيسًا مسدودًا فحله أو صندوقًا مقفولًا ففتح القفل لم يضمن الوديعة [٢] .

١٩٧٧٤ - وقال/ الشافعي : يضمنها [٣]

١٩٧٧٥ - لنا : من ملك حفظ الأمانة مسدودة ملك حفظها ظاهرة كالأب والوصي [٤] ولأنه بيده في المال وهي ثابتة مع السد وبعد الحل على وجه واحد فإذا لم يضمن في أحد الموضعين لم يضمن في الآخر ولأن الحل ليس بتضييع المال لأن من يتمكن من أخذ الكيس مفتوحًا يتمكن من أخذه مسدودًا والمودع إذا لم يضيع الحفظ لم يضمن كاليقين .

١٩٧٧٦ - احتجوا : بأنه يملك الوديعة فصار كما لو نقب البيت وتركها [٥] فيه .

١٩٧٧٧ - قلنا يبطل إذا أودعه دراهم فسدها في كيس ثم حله والمعنى في الأصل أنه ضيع الحفظ حتى مكن منها .

١٩٧٧٨ - وفي مسألتنا حل الكيس ليس بتمكين من الوديعة ؛ لأن من يقدر على ما في الكيس يقدر على أخذه بسده وإذا لم يضع لم يحفز ولم يضمن .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط في جميع النسخ وأثبتناها تماشيًا مع سياق المصنف .
(٢) انظر : المبسوط (١١٠/١١) ، انظر : تبيين الحقائق (٧٨/٥) ، فتح القدير (٤٨٩/٨) .
(٣) ما ذكره المصنف أحد الوجهين عند الشافعية : فالوجه الأول : أنه لا يضمن ما فيه وإنما يضمن الختم الذي تصرف فيه ، والوجه الثاني : أنه يضمن انظر : المهذب (٣٦١/١) ، المجموع (١٩١/١٤) ، مغني المحتاج (٨٩/٣) ، روضة الطالبين (٣٣٤/٦) . (٤) انظر : فتح القدير (٤٨٩/٨) .
(٥) انظر : النكت ورقة ١٩١ .

حكم إذا قال المودع لا تخرج الوديعة من هذا البيت فأخرجها إلى بيت آخر في الدار

١٩٧٧٩ - قال أصحابنا : إذا قال المودع احفظ الوديعة في هذا البيت ولا يخرجها منه فأخرجها إلى بيت آخر في تلك الدار فهلكت لم يضمن وهذا محمول على أن البيت الثاني كالأول في الحرز أو أحرز (١) .

١٩٧٨٠ - وقال الشافعي : يضمن (٢) .

١٩٧٨١ - لنا : أن الدار حرز واحد بدلالة أن من ثبت (٣) فيها فنقله إلى آخر لم يقع والحرز الواحد لا فائدة في تخصيص بعضه دون بعض وما لا فائدة فيه من الأمر سقط في الإيداع كما لو قال أنقلها بيمينك دون شمالك وضعها في يمين البيت دون يساره (٤) .

١٩٧٨٢ - احتجوا : بأنه نقل الوديعة من حرزها الذي نهاه المودع عن إخراجها منه من غير ضرورة فوجب أن (٥) يلزمه ضمانها أصله إذا قال احفظها في هذه الدار ولا يخرجها إلى دار أخرى (٦) .

١٩٧٨٣ - قلنا : الدار كل واحد حرز على حاله بدلالة أن من أخذ شيئًا من إحدى الدارين إلى الأخرى وجب عليه القطع ومتى اختلف الحرز كان في التخصيص فائدة وهذا لا يوجد في الدار الواحدة (٧) وأما إن أخرجه من الدار وقد نهاه عن الإخراج ضمن .

---

(١) ما ذكره المصنف هو الاستحسان وفي القياس يضمن ، ووجه القياس : لأنه خالف أمره نصًا فهو كما لو قال : أخبأها في دارك هذه فخبأها في دار أخرى فهلكت انظر : المبسوط (١٢١/١١) ، الهداية (٢١٨/٣) ، الاختيار (٢٨٠/٢) ، مجمع الأنهر (٣٤٣/٢) وهو أحد الوجهين عند الشافعية انظر : المهذب (٣٦٠/١) ، النكت ورقة ١٩١ .

(٢) انظر : النكت ورقة ١٩١ ، المهذب (٣٦٠/١) ، مغني المحتاج (٨٤/٣) ، نهاية المحتاج (١٢٠/٦) .

(٣) في (ن) : [بيت] .

(٤) انظر : المبسوط (١٢١/١١) ، الاختيار (٢٨٠/٢) .

(٥) ساقطة من (م) .

(٦) انظر : النكت ورقة ١٩١ ، المهذب (٣٦٠/١) ، مغني المحتاج (٨٤/٣) ، نهاية المحتاج (١٢٠/٦) .

(٧) انظر : المبسوط (١٢١/١١) .

١٩٧٨٤ - ومن أصحاب الشافعي من قال في البيتين وجه آخر أنه لا يضمن إذا كان المنهي عنه [مثل المأجور] (١) أو أحرز .

١٩٧٨٥ - قالوا : وكذلك في الدارين (٢) .

١٩٧٨٦ - لنا : أن الدارين تختلف في الحرز وتتفاوت وقد رضي المالك بأحدهما ونهى عن غيرها فصارت الأخرى كدار في بلد آخر (٣) .

١٩٧٨٧ - احتجوا : بأن أعيان المواضع لا فائدة فيها وإنما الفائدة في الحفظ فإذا كانت الدار الثانية مثل الأولى وأحرز صارت كالبيتين من دار واحدة (٤) .

١٩٧٨٨ - الجواب : أن الثانية وإن كانت أحرز فيجوز أن يعلم المالك أن الثانية يتمكن وقد أزمع (٥) اللصوص عليها دون الآخر فيخصها هذا المعنى وهذا لا يوجد في البيتين

١٩٧٨٩ - لأن السارق إذا تمكن (٦) من بيت من دار مكن من جميعها .

* * *

(١) في (م) : [ميل المأمور] .

(٢) انظر : مغني المحتاج (٨٤/٣) .

(٣) انظر : المبسوط (١٢١/١١) .

(٤) انظر : مغني المحتاج (٨٤/٣) .

(٥) في (ن) : [أربع] .

(٦) في (م) : [ممكن] .

مسألة ٩٩٩

حكم إذا أخرج الوديعة لينفقها أو الثوب ليلبسه

١٩٧٩٠ - قال أصحابنا : إذا أخرج الوديعة لينفقها أو الثوب ليلبسه فهلك فلا ضمان عليه (١) .

١٩٧٩١ - وقال الشافعي : يضمن ذلك أما إذا نوى أن ينفقها ولم يتلفها لم يتلفها بإجماع .

١٩٧٩٢ - وقال ابن شريح يضمنها (٢) .

١٩٧٩٣ - لنا : أن النقل فعل مأذون فيه يكون ضامنًا أصله إذا أخذها من المودع لينفقها ولأن النقل معنى لا يتعلق به الضمان فلم يبق إلا الإتلاف وكأنه نوى ذلك وهي في حرزه لم ينقلها فإذا نازع منازع في هذا .

١٩٧٩٤ - دللنا (٣) : عليه بقوله ﷺ : أن اللّه عفي لأمتي عما حدثت به نفسها ما لم يقولوا أو يعملوا (٤) .

١٩٧٩٥ - احتجوا (٥) : بأنه لا يجوز إخراجها من الحرز على هذا الوجه فإذا فعل فقد أوقع فعلًا في الوديعة - وجه التعدي لأن الفعل وإنما النية ممنوع منها وقد بينا أن مجرد النية لا يتعلق به الضمان (٦) .

* * *

---

(١) انظر : المبسوط (١١٢/١١) ، فتح القدير (٤٨٩/٨) ، مجمع الأنهر (٣٤١/٢) - الهداية (٢١٦/٣) .

(٢) انظر : مغني المحتاج (٨٩/٣) ، نهاية المحتاج (١٢٨/٦) ، روضة الطالبين (٣٣٤/٦) .

(٣) انظر : المبسوط (١١٢/١١) .

(٤) أخرجه الطحاوي في مشكل الآثار (٢٥٠/٢) وما بعدها .

(٥) روضة الطالبين (٣٣٤/٦) .

(٦) انظر : المبسوط (١١٢/١١) . وذلك لأن المودع لما جحد الوديعة صار كالغاصب فصارت دعوى الوديعة والغصب سواء والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق . انظر : البناية (٥٠٦/٧) .

حكم إذا أذن رب الوديعة للمودع في تسلمها إلى آخر واختلفا

١٩٧٩٦ – قال أصحابنا : إذا أذن له صاحب الوديعة في تسليمها إلى فلان فالقول قول المودع أن يسلمها إليه (١) .

١٩٧٩٧ – وقال الشافعي : لا يقبل قوله (٢) .

١٩٧٩٨ – لنا : أن رب المال أقام المأمور بالقبض مقام نفسه فالقول قول المودع في التسليم إليه كما لو سلمها إلى المودع ولأنه ادعى التسلم إلى من يملك التسلم .

١٩٧٩٩ – فإن قيل : ادعى التسليم إلى من يأتمنه في الحفظ فصار كما لو ادعى التسلم إلى أجنبي (٣) .

١٩٨٠٠ – قلنا : الأجنبي لو صدقه صاحب الوديعة أنه سلم إليه لم يضمن كذلك إذا ادعى التسلم وله حق فيه لم يضمن .

* * *

(١) انظر : المبسوط (١٢١/١١) ، مجمع الأنهر (٣٤٥/٢) ، الاختيار (٢٧٩/٢) .
(٢) انظر : مغني المحتاج (٩١/٣) ، نهاية المحتاج (١٣١/٦) .
(٣) انظر : النكت ورقة ١٩٢ .

مسألة ١٠٥١

إذا كانت العين في يد رجل فادعاها رجلان

١٩٨٠١ - قال أصحابنا : إذا كانت العين في يدي رجل فادعاها رجلان كل واحد منهما يدعى أنه أودعه إياها فقال أودعني أحد كما ولا أعرفه بعينه استحلف لكل واحد منهما على الثبات [١] .

١٩٨٠٢ - وقال الشافعي : إن لم يدعيا عليه العلم بمالكها فلا يمين عليه وما الذي يضع بها فيه قولان : أحدهما تنزع من يده والآخر أنها تترك [٢] في يده إلى تبيين بما يعمل قال وإن ادعا أنه يعرف لمن هي استحلف لها يمين واحدة لا يعلم لأيهما هي [٣] .

١٩٨٠٣ - لنا : أن كل واحد منهما ادعى العين فأجاب بغير ما ادعى فلا يسقط اليمين على الدعوى كما لو ادعى كل واحد منهما الغصب فقال غصبتها من أحد [٤] وكما لو ادعى كل واحد منها دينًا عليه فأقر به لأحدهما لزمه لكل واحد يمين على الثبات كذلك هذا [٥] ولأنه ضيع الحفظ في الوديعة حين جهل صاحبها فصار كالغاصب .

١٩٨٠٤ - لنا : أن كل واحد منهما ادعى العين [٦] عليه فأجاب بغير ما ادعاه فلا يسقط اليمين على الدعوى [٧] كما لو ادعى كل واحد منهما الغصب فقال غصبتها من آخر [٨] وكما ادعى كل واحد منهما دينًا عليه فأقر به لأحدهما لزمه لكل واحد يمين

---

(١) انظر : المبسوط (١٣١/١١) ، بدائع الصنائع (٢١٠/٦) ، فتح القدير (٤٩٥/٨) ، البناية (٧٦٥/٧) ، مجمع الأنهر (٣٤٥/٢) ، الهداية (٢١٩/٣) .

(٢) في (م) : [تنزل] .

(٣) انظر : المجموع (١٩٨/١٤) ، نهاية المحتاج (١٣٢/٦) ، روضة الطالبين (٣٤٩/٦) .

(٤) انظر : الهداية (١٨٤/٢) .

(٥) انظر : الهداية (١٩٧/٣) .

(٦) في (م) : [الغير] وهو تحريف .

(٧) انظر : المبسوط (١٣١/١١) .

(٨) قال الإمام العيني : « وإذا كان العبد في يد رجل فأقام رجلان عليه البينة أحدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما لاستوائهما في سبب الاستحقاق وذلك لأن المودع لما جحد الوديعة صار كالغاصب فصارت دعوى الوديعة والغصب سواء والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق انظر : البناية (٥٠٦/٧) .

على الثبات كذلك هذا [١] ولأنه ضيع الحفظ في الوديعة حين جهل صاحبها فصار كالغاصب [٢] .

١٩٨٠٥ - احتجوا [٣] : بأنه إذا أقر لأحدهما فلو استحلفنا كل واحد حلف على ما أقر له وهذا لا يصح .

١٩٨٠٦ - قلنا : يبطل بالإقرار بالغصب والدين [٤] ولأنه أقر بغير يمين والاستحلاف يقع على المعين وهذا غير ما أقربه وقولهم لو استحلف لكل منهما لم تكن البداية بأحدهما أولى من الآخر ليس بصحيح لأن الثاني يبتدئ بأيهما شاء وإن أقرع بينهما تقدم خرجت قرعته أولًا .

* * *

(١) انظر : المبسوط (١٣١/١١) .

(٢) أي أن المودع إذا جهل صاحب الوديعة فقد ضيع الحفظ المراد فيصير ضامنًا كالغاصب إذا ضيع الشيء المغصوب أو أتلفه فعليه ضمانه . انظر : البناية (٣٤١/٨) .

(٣) انظر : روضة الطالبين (٣٤٩/٦) .

(٤) انظر : المبسوط (١٠٧/١٨) .

مَوْسُوعَة

القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارَنَة

المُسَمَّاة

التَّجْرِيد

كتاب قسم الغنائم

كتاب قسم (١) الغنائم (٢)

(١) القسمة في الأملاك المشتركة نوعان : أحدهما : قسمة الأعيان ، والثاني : قسمة المنافع وقسمة كل واحد من النوعين مشروعة ، أما قسمة الأعيان فقد عرفت شرعيتها بالسنة والإجماع .
أما السنة : فما روي أن النبي ﷺ : قسم غنائم خيبر بين الغانمين درجات فعله ﷺ الشرعية .
أما الإجماع : فإن الناس استعملوا القسمة من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير ، فكانت شرعيتها متوارثة ، والمعقول يقتضيه توفيرًا على كل واحد مصلحته بكمالها .
أما المعنى « القسمة » لغة : فهي عبارة عن إفراز النصيب .
وشرعًا : عبارة عن إفراز بعض الأنصباء عن بعض ، ومبادلة بعض ببعض لأن ماضي جزأين في العين المشتركة لا يتجزأ قبل القسمة إلا وأحدهما ملك أحد الشريكين والآخر ملك صاحبه غير عين ، فكان نصف العين مملوكًا لهذا ، والنصف مملوكًا لذاك على الشيوع .
شرائط جواز القسمة : أنواع بعضها يرجع إلى القاسم ، وبعضها يرجع إلى المقسوم ، وبعضها يرجع إلى المقسوم له . أما الذي يرجع إلى القاسم نوعان : نوع هو شرط الجواز ، ونوع هو شرط الاستحباب أما شرائط الجواز فأنواع منها : العقل فلا تجوز قسمة المجنون والصبي الذي لا يعقل ، فأما البلوغ فليس بشرط لجواز القسمة حتى تجوز قسمة الصبي الذي يعقل القسمة بإذن وليه ، كذلك الإسلام والذكورية والحرية ليست بشرط لجواز القسمة فتجوز قسمة الذمي والمرأة والمكاتب والمأذون ؛ لأن هؤلاء من أحل البيع فكانوا من أحل القسمة .
أما شرائط الاستحباب فأنواع : منها : أن يكون عدلًا ، أمينًا ، عالمًا بالقسمة لأنه لو كان غير عدل خائنًا أو جاهلًا بأمور القسمة يخاف عنه الجور في القسمة لا يجوز .
ومنها أن يكون منصوب القاضي : لأن قسمة غيره لا تنفذ على الصغير والغائب ومنها المبالغة في تعديل الأنصباء والتسوية بين السهام بأقصى الإمكان لئلا يدخل قصور في سهم .
أما ما يرجع إلى المقسوم فأنواع : منها أن لا يلحقه ضرر في أحد نوعي القسمة دون النوع الآخر . وقسمة رضا هي التي يفعلها الشركاء بالتراضي وكل واحد منهما على نوعين .
قسمة تعويق وقسمة جمع .
أما الذي يرجع إلى المقسوم فواحد : وهو أن يكون المقسوم مملوكًا له وقت القسمة فإن لم يكن لا تجوز القسمة . انظر : بدائع الصنائع (٢٥/٧) وما بعدها .
(٢) الغنيمة والمغنم والغنيم والغنْم في اللغة : الفيء يقال : غنم الشيء غنمًا : فاز به وغنم الغازي في الحرب ظفر بمال عدوه . الغنيمة في الاصطلاح : اسم للمأخوذ من أهل الحرب على سبيل القهر والغلبة إما بتحقيقه المتعة أو بدلالتها ، وهي إذن الإمام وهذا عند الحنفية . انظر : القاموس المحيط ، لسان العرب ، المعجم الوسيط . البحر الرائق شرح كنز الرقائق (٨٢/٥) ، بدائع الصنائع (١١٨/٧) .

مسألة ١٠٠٢

الفيء [1] كل مال وصل إلى المسلمين من المشركين

(١) الظل ، والجمع أفياء وفيوء ، وتفيأ فيه : تظَلل ، والفيء : ما بعد الزوال من الظل . ومنها : الرجوع ، يقال : فاء إلى يفيء وفاء وفيًا وفيوءًا : رجع إليه ، ويقال : فئت إلى الأمر فيئًا : إذا رجعت إليه النظر ، وفاء من غضبه رجع . ومنها : الغنيمة والخراج ، وما رد الله تعالى على أهل دينه من أموال من خالف دينه بلا قتال (لسان العرب) . والفيء في الاصطلاح له معنيان : (المعنى الأول) : اسم لما لم يوجف عليه المسلمون بخيل ولا ركاب ، نحو الأموال المبعوثة بالرسالة إلى إمام المسلمين ، والأموال المأخوذة على موادعة أهل الحرب (بدائع الصنائع للكاساني (٧/١١٦) ، وانظر : روضة الطالبين (٦/٣٥٤) ، والمغني لابن قدامة (٦/٤٠٢) ، وتفسير القرطبي (١٨/١٤) . (المعنى الثاني) : رجوع الزوج إلى جماع زوجته الذي منع نفسه منه باليمين عند القدرة عليه أو الوعد به عند العجز عنه (المهذب ٢/١١٠) .

موارد الفيء : ١ - ما جلا عنه الكفار خوفًا من المسلمين من الأراضي والعقارات .

٢ - ما تركه الكفار وجلوا عنه من المنقولات .

٣ - ما أخذ من الكفار من خراج أو أجرة عن الأراضي التي ملكها المسلمون ، ودفعت بالإجارة لمسلم أو ذمي ، أو عن الأراضي التي أقرت بأيدي أصحابها من أهل الذمة صلحًا أو عنوة على إنها لهم ، ولنا عليها الخراج .

٤- الجزية . ٥- عشور أهل الذمة .

٦- ما صولح عليه الحربيون من مال يؤدونه إلى المسلمين .

٧- مال المرتد إذا قتل أو مات .

٨- مال الذمي إن مات ولا وارث له وما فضل من ماله عن وارثه فهو فيء .

٩- الأراضي المغنومة بالقتال وهي الأراضي الزراعية عند من يرى عدم تقسيمها بين الغانمين . والتفصيل في مصطلح بيت المال ف ٦) .

تخميس الفيء : ذهب الحنفية والمالكية والشافعي في القديم وأحمد في رواية إلى أن الفيء لا يخمس ، وإنما كله لرسول الله ﷺ ومن ذكروا معه في قوله تعالى : ﴿ مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ ﴾ إلى قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ جَآءُو مِنۢ بَعْدِهِمْ ﴾ . (سورة الحشر/ ٧-١٠) فقد جعله الله لهم ولم يذكر خمسًا ولأن الخمس إنما يجب في الغنائم ، والغنيمة اسم للمال المأخوذ عنوة وقهرًا بإيجاف الخيل والركاب ، ولم يوجد هذا في الفيء لحصوله في أيديهم بغير قتال ، فكان مباحًا مُلِكَ لا على سبيل القهر والغلبة ، فلا يجب فيه الخمس كسائر المباحات ، وقال ابن المنذر : ولا نحفظ من أحد قبل الشافعي في الفيء الخمس كخمس الغنيمة . وكما لو صولحوا على الضيافة فإنه لا حق لأهل الخمس في مال الضيافة بل يختص به الطارقون (بدائع الصنائع (٧/١١٦) ، وحاشية الدسوقي (٢/١٦٩) ، والمغني لابن قدامة (٦/٤٠٤) ، وبداية المجتهد لابن رشد (١/٣٤٣) ، وكشاف القناع (٣/١٠١) . وذهب الشافعي في الجديد والرواية الصحيحة عند محمد من الحنفية ورواية عن أحمد إلى أن الفيء يخمّس لقوله تعالى : ﴿ مَّآ =

= أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ كَىْ لَا يَكُونَ دُولَةًۢ بَيْنَ ٱلْأَغْنِيَآءِ مِنكُمْ ﴾ (الحشر : من الآية٧) ، فظاهر هذا أن جميع الفيء لهؤلاء ، وهم أهل الخمس . ولما قرأ عمر ﷺ الاية قال : « استوعبت هذه الآية الناس فلم يبق أحد من المسلمين إلا له في هذا المال حق (أثر عمر : « استوعبت هذه الآية الناس فلم يبق أحد من المسلمين إلا له ... » . أخرجه النسائي (١٣٧/٧) من حديث مالك بن أوس ، وأصله في البخاري (فتح الباري ١٩٧/٦-١٩٨) ومسلم (١٣٧٧/٣-١٣٧٨) ، وجاءت الأخبار عن عمر ﷺ دالة على اشتراك جميع المسلمين فيه ، فوجب الجميع بينهما ، كيلا تتناقض الآية والأخبار وتتعارض وتوفيق بينهما ، فإن خمسه للذي سُمي في الآية وسائره ينصرف إلى من في الخبر كالغنيمة ، ولأنه مال مشترك مظهور عليه فوجب أن يخمس كالغنيمة والركاز ، ولأن الملك عند محمد من الحنفية يثبت بأخذه ، وإنما أخذ على سبيل القهر والغلبة ، فكان في حكم الغنائم . (بدائع الصنائع ١١٧/٧ ، وروضة الطالبين ٣٥٤/٦ ، والمغني لابن قدامة ٤٠٤/٦) . وروى البراء بن عازب ﷺ قال : لقيت عمي ومعه راية ، فقلت له : أين تريد ؟ قال : « بعثني رسول الله إلى رجل نكح امرأة أبيه ، فأمرني أن أضرب عنقه وآخذ ماله » (حديث البراء بن عازب : « لقيت عمي ومعه راية ... » أخرجه أبو داود (٦٠٢/٤-٦٠٤) والترمذي (٦٣٤/٣) واللفظ لأبي داود ، وقال الترمذي : حسن غريب . تقسيم خمس الفيء عند من يقول بتخميسه : يقسم مال الفيء على خمسة أسهم عند من يقول بتخميسه :

السهم الأول المضاف إلى الله ﷻ وإلى رسوله ﷺ ، وكان ﷺ ينفق منه على نفسه وأهله ، وما فضل جعله في السلاح عدة في سبيل الله تعالى وفي سائر المصالح . وأما سهم الله الذي أضافه إليه- فهو لافتتاح الكلام باسمه تبركًا به ، لا لإفراده بسهم ، فإن لله تعالى الدنيا والآخرة (بدائع الصنائع ١٢٤/٧ ، والمغني لابن قدامة ٤٠٦/٦ ، ٤٠٧) . وقد روي عن ابن عباس ﷺ قال : « كان رسول الله ﷺ إذا بعث سرية فغنموا خمس الغنيمة فضرب ذلك الخمس في خمسه ... » حديث ابن عباس قال : « كان رسول الله ﷺ إذا بعث سرية فغنموا خمس الغنيمة فضرب ذلك الخمس في خمسة » [أخرجه الطبراني في الكبير (١٢٤/١٢) وقال الهيثمي في المجمع (٣٤٠/٥) : فيه نهشل بن سعيد وهو متروك] .

السهم الثاني : لذوي القربى ، وهم بني هاشم وبني المطلب لم يفارقوا الرسول ﷺ في جاهلية ولا إسلام ، كما قال ﷺ وشبك بين أصابعه ؟ ، ويشترك فيه غنيهم وفقيرهم وكبيرهم وصغيرهم ، ولا يفضل أحد منهم على أحد إلا الذكورة ، فللذكر سهمان والأنثى سهم . وقال المزني : يسوي بينهما ، وقال القاضي حسين : المدلي بجهتين يفضل على المدلي بجهة .

السهم الثالث : لليتامى ، واليتيم الصغير الذي لا أب وقيل : ولا جد له قبل الحلم ، فإن النبي ﷺ قال : « لا يتم بعد احتلام » حديث : « لا يتم بعد احتلام » أخرجه أبو داود (٢٩٣/٣-٢٩٤) من حديث علي ، وحسن ويشترط فيه الفقر .

السهم الرابع : المساكين ، والمسكين هو الذي يملك ما يقع موقعًا من كفايته ولا يكفيه ، ويدخل فيه الفقير .

السهم الخامس : ابن السبيل وهو كل من أنشأ سفرًا من بلده أو بلد كان مقيمًا به ولم يكن معه ما يحتاج إليه في سفره ، فيعطي من لا مال له أصلًا ، وكذا من له مال في غير البلد المنتقل إليه منه . وإذا فقد بعض الأصناف وزع نصيبه على الباقين كالزكاة . =

١٩٨٠٧ – قال أصحابنا : الفيء كل مال وصل إلينا من المشركين بغير قتال كالأراضي الذي أخلوا بالخراج (١) ....

= ١٣ – وأما أربعة أخماس الفيء فهي للرسول ﷺ في حياته ؟ . مصرف الفيء وما يخص الرسول ﷺ بعد وفاته :
١٤ – ذهب الحنفية والمالكية والحنابلة إلى أن الفيء وما يخص الرسول ﷺ من الخمس ، سواء أكان خمس الفيء عند من قال به ، أم خمس الغنيمة لسقوطه بعد وفاته – عليه الصلاة والسلام – ؟ يوضع في بيت مال المسلمين ويصرف في مصالحهم العامة . وذكر أحمد : الفيء فقال : فيه حق لكل المسلمين الغني والفقير ، وقال عمر ﷺ : « فلم يبق أحد من المسلمين إلا له في هذا المال حق (أثر عمر : « فلم يبق أحد من المسلمين .. » تقدم ف ١١ .) » . وعند أبي يعلى أن مال الفيء موقوف على اجتهاد الأئمة ، وذكر القاضي أن أهل الفيء هم أهل الجهاد ومن يقوم بصالحهم ، لأن ذلك كان للنبي ﷺ في حياته لحصول النصرة والمصلحة به ، فلما مات صارت بالخيل والجند ومن يحتاج إليه المسلمون ، فيكون لهم دون غيرهم ، لأن الفارق بين الرسول ﷺ وبين الأئمة في المال المبعوث إليهم من أهل الحرب ، أنه يكون لعامة المسلمين وكان لرسول الله ﷺ ، خاصة أن الإمام إنما أشرك قومه في المال المبعوث إليه من أهل الحرب لأن هيبته بسبب قومه ، فكانت شركة بينهم ، وأما هيبة الرسول ﷺ فكانت بما نصر من الرعب لا بأصحابه ، كما قال عليه الصلاة والسلام : « نصرت بالرعب مسيرة شهر » حديث : « نصرت بالرعب مسيرة شهر » أخرجه البخاري (فتح الباري ٤٣٦/١) ومسلم (٣٧٠/١)) لذلك كان له أن يختص به لنفسه . وتفصيل ذلك في مصطلح : (بيت ف ١٢ – ١٣ – ١٤) .
١٥ – وذهب الشافعية إلى أن ما كان من الفيء لرسول الله ﷺ في حياته يصرف بعده ﷺ على الوجه التالي : أ – خمس الفيء يصرف في مصالح المسلمين كسد الثغور وعمارة الحصون والقناطر والمساجد وأرزاق القضاة والأئمة ويقدم المهم فالأهم . ب – أربعة أخماس الفيء تصرف في الاظهر عندهم للمرتزقة المرصدين للجهاد . والقول الثاني أنها للمصالح والثالث أنها تقسم كما يقسم الخمس ؟ .

(٢) الخَرَاجُ : لغة : ما يحصل من غلّة الأرض ، والخَرَاجُ والخَرْج بمعنى واحد ، يقول الله تعالى : ﴿ أَمْ تَسْأَلُهُمْ خَرْجًا فَخَرَاجُ رَبِّكَ خَيْرٌ وَهُوَ خَيْرُ الرَّازِقِينَ ﴾ [المؤمنون : ٧٢] . اصطلاحًا : ما تأخذه الدولة « بيت المال » من الضرائب علي الأرض المفتوحة عنوة أو الأرض التي صولح أهلها عليها ، جاء في الخراج لقدامة بن جعفر : الباب الأول في مجموع وجوه الأموال : « ومنها الخراج وهو أرض الصلح التي رضي المسلمون بما صولحوا عليه عنها في وقت فتحها ومنها زكاة وأعشار الأرضين التي يزرعها المسلمون » .
والخراج علي نوعين : خراج وظيفة : وهو الضريبة المقطوعة المفروضة على الأرض . خراج مقاسمة : وهو الضريبة المأخوذة من إنتاج الأرض بنسبة معينة . والصلة بين الخراج والجزية : أنهما يجبان على أهل الذمة ، ويصرفان في مصارف الفيء . أما الفرق بينهما : فهو أن الجزية توزع علي الرؤوس بينما الخراج يوزع على الأرض . الجزية تسقط بالإسلام ، أما الخراج فلا يسقط بالإسلام . ويبقى معه ومع الكافر . أما الخراج المقصود في حديث « الخراج بالضمان » فهو : ما حصل من غلة العين المبيعة كائنة ما كانت ، وذلك كأن يشتري الشخص شيئًا فيستغله مدة ، ثم يطلع فيه على عيب قديم ، فله رد العين وأخذ الثمن الذي دفعه ، وما استغله فهو له ، لأن المبيع لو تلف في يده في تلك المدة لكان من ضمانه ، ولم يكن على البائع شيء ، فالخراج مستحق بسبب الضمان . =

الفيء كل مال وصل إلى المسلمين من المشركين ٤١٠٥/٨

والجزية [1] ....

= المراجع : الفيومي المصباح المنير (٢٥٧/١) مادة « خرج » ، محمد بن أبي بكر الرازي مختار الصحاح ص١٧٢ ، قدامة بن جعفر الخراج وصناعة الكتابة ص٢٠٤ ، الخراج لأبي يوسف ص٢٦ وما بعدها ، المغرب (٢٤٩/١) ، التوقيف ص٣١٢ ، الزاهر ص٢٠٨ ، ٢٢٢ ، المطلع ص٢١٨ ، ٢٣٧ ، تحرير ألفاظ التنبيه ص٣٢٢ ، التعريفات الفقهية ص٢٧٥ ، الأحكام السلطانية لأبي يعلى ص١٥٣ ، وللماوردي ص١٤٢ .

(١) الجِزْيَةُ : لغة : الجِزْيَة والجمع جزى وجِزْي وجزاء وهي مشتقة من الجزاء والمجازاة وهي مال يدفعه المواطنون من أهل الكتاب عن غنىً و قدرة وهم صاغرون أي طائعين لنظام الدولة ، ولما كانت الزكاة هي مورد الرعاية الاجتماعية للمسلمين وهي عبادة فمن سماحة الإسلام رعاية لقاعدة « لا إكراه في الدين » لم يلزمهم بعبادة فكان تعبير الجزية أي مقابل الرعاية الاجتماعية لمن هم في ذمة المسلمين . اصطلاحًا : الجزية ما يؤخذ من أهل الذمة . وتسميتها بذلك للاجتزاء بها في حقن دمهم ، يقول أبو عبيد عن عمر بن عبد العزيز بلغني أن أمير المؤمنين مرَّ بشيخ ذمي يسأل الناس فقال : ما أنصفناك إن كنا أخذنا منك الجزية في شبيبتك وأضعناك في كبرك ثم أجرى عليه ما يصلحه من بيت المال . والجِزْيَةُ : هي نفس الزكاة نسبًا ونصابًا وشروط : قال أبو عبيد أما أهل العراق فلا يؤخذ من الذمي حتى يبلغ ماله مائتي درهم ، فإنهم شبهوا بالصدقة ، وذهبوا إلى أن عمر حين حدد ما يجب في أموال الناس التي تدار للتجارات قال يؤخذ من مال المسلمين كذا ومن مال أهل الذمة كذا ومن مال أهل الحرب كذا ، وضم أموال أهل الذمة مع أموال المسلمين ، ولهذا حملنا وقدر أموالهم على الزكاة إذ كان للزكاة حد أدنى وهو المائتان فأخذنا أهل الذمة بها وألقينا ما دون ذلك . وقال ابن تيمية : وقد عرف النصارى كلهم أني لما خاطبت التتار في إطلاق الأسرى وأطلقهم غازان متطلبوها وخاطبت مولاي فيهم فسمح بإطلاق المسلمين قال لي : لكن معنا نصارى أخذناهم من القدس فهؤلاء لا يطلقون قلت له : بل جميع من معك من اليهود والنصارى الذي هم أهل ذمتنا فلا تراجع تدع أسيرًا ، لا من الملة ولا من أهل الذمة ، وأطلقنا من النصارى من شاء الله فهذا عملنا وإحساننا والجزاء على الله وذلك كله تنفيذًا ، لقوله تعالى في معاملة اليهود والنصارى : ﴿ لَا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ لَمْ يُقَٰتِلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُم مِّن دِيَٰرِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوٓا۟ إِلَيْهِمْ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُقْسِطِينَ ﴾ . [الممتحنة : ٨] . ويقول تعالى : ﴿ حَتَّىٰ يُعْطُوا۟ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَٰغِرُونَ ﴾ [التوبة : ٢٩] أي : حتى تأمنوا عدوانهم بإعطائهم الجزية في الحالين اللذين قيدت بهما ، فالقيد الأول لهم ، وهو الصغار المراد به حصد شوكتهم والخضوع لسيادتكم وحكمكم ، وبهذا يكون تيسير السبيل لاهتدائهم إلى الإسلام بما يرونه من عدلكم وهدايتكم وفضائلكم التي يرونكم أقرب بها إلى هداية أنبيائهم منهم . فإن أسلموا عمّ الهدى والعدل والإتحاد ، وإن لم يسلمون كان الاتحاد بينكم وبينهم بالمساواة في العدل ، ولم يكونوا حائلًا ، دونهما في دار الإسلام . والقتال لما دون هذه الأسباب التي يكون بها وجوبه عينيًا أولى بأن ينتهي بإعطاء الجزية ، ومتى أعطوا الجزية وجب تأمينهم وحمايتهم والدفاع عنهم وحريتهم في دينهم بالشروط التي تعقد بها الجزية ، ومعاملتهم بعد ذلك بالعدل والمساواة كالمسلمين ، ويحرم ظلمهم وإرهاقهم بتكليفهم ما لا يطيقون كالمسلمين ، ويسمون أهل الذمة لأن كل هذه الحقوق تكون لهم بمقتضى ذمة الله وذمة رسوله ﷺ .

المراجع : الأصفهاني ص٩٣ ، الأحكام السلطانية للماوردي ص١٤٢ ، ١٤٣ الأموال لأبي عبيد ص٤٥ ، ٤٦ المحلى لابن حزم (١٤/٦) ، ابن تيمية الرسالة القبرصية ص٤٣ ، المنار (٢٥٥/١٠) .

والعشر [١] ويصرف جميع ذلك إلى مصالح المسلمين [٢] .

(١) العشر لغة : العُشْر جزء من عشرة ، ومعشار الشيء عُشره ، وعَشَرْتُ المال عَشْرًا وعُشورًا : أخذت عُشره ، واسم الفاعل عاشر ، وعَشَّار . اصطلاحًا : العشر عند الفقهاء : يستعمل فيما يؤخذ من زكاة الزروع ، والثمار ، وكذلك ما يؤخذ من تجار أهل الذمة . وبيان ذلك على الوجه الآتي :

١ - الزروع والثمار التي تجب فيها الزكاة - على التفصيل الذي ذكره الفقهاء فيما تجب فيه الزكاة ومالًا تجب فيه - هذه الزروع والثمار : تكون زكاتها : عشر الخارج ، أو نصف عشره .

٢ - فالعشر يكون في الخارج من الزروع والثمار التي سقيت بغير كلفة ، كالتي تشرب بماء المطر ، أو بماء الأنهار سيحًا ، أو بالسوقي ، دون أن يحتاج إلى رفعه غرفًا أو بآله ، أو يشرب بعروقه ، وهو ما يزرع في الأرض التي ماؤها قريب من وجهها تصل إليه عروق الشجر فيستغني عن السقي .

٣ - وأما نصف العشر فيؤخذ من الخارج من الزروع والثمار التي تسقى بكلفة سواء سقته النواضح ، أو سُقي بالدوالي أو السواني ، أو الدواليب ، أو النواعير ، أو غير ذلك . وكذا لو مد من النهر ساقية إلى أرضه ، فإذا بلغها الماء احتاج إلى رفعه بالغرف أو بآلة . والضابط لذلك : أن يحتاج في رفع الماء إلى وجه الأرض إلى آلة أو عمل .

٤ - والدليل على وجوب العُشر أو نصفه : قول النبي ﷺ : « فيما سقت السماء والعيون أو كان عُثريًا : العشر ، وما سقي بالنضح : نصف العشر » . [أخرجه البخاري]

٥ - أهل الذمة إذا اتجروا في بلاد غير بلادهم التي أقروا فيها ، وصالحوا عليها : فإنه يؤخذ منهم العشر فيما اتجروا فيه ، مما قل أو كثر ، إذا باعوا ومضى ثمن ذلك بأيديهم : فإنه يؤخذ منهم عشر الثمن ، وهذا عند مالك . وعند الحنفية والحنابلة : يؤخذ منهم نصف العشر . وقال الشافعي : لا يؤخذ منهم إلا إذا اشترط ذلك ، وهذا في الجملة .

٦ - وإذا مرَّ الحربي بمال التجارة على بلاد المسلمين : أخذ منه العشر ، وهذا قول مالك وأحمد . وقال أبو حنيفة : لا يؤخذ منهم ، إلا أن يكونوا يأخذون منا . وهذا في الجملة ، وفي الموضوع تفصيل كثير .

المراجع : المصباح المنير ومختار الصحاح مادة (عشر) ، ابن عابدين (٤٩/٢ - ٥١) ، والدسوقي (٤٤٩/١) ، والمهذب (١٦٣/١ - ١٦٦) ، والمغني (٦٨٩/٢ - ٦٩٩) . ، الكافي لابن عبد البر (٤٨٠/١ - ٤٨١) ، والإفصاح لابن هبيرة (٢٩٧/٢) ، والمغني (٥١٦/٨ - ٥١٨) .

(٢) مصالح المسلمين : لغة : المصالح : جمع مصلحة ، وهي المنفعة ، والمصلحة كالمنفعة وزنًا ومعنىً ، فالمراد بها : جلب المنفعة ، ودفع المضرة ، والمرسلة : أي المطلقة . اصطلاحًا : عبارة عن المصلحة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده المسلمين من حفظ دينهم ، ونفوسهم ، وعقولهم ، ونسلهم ، وأموالهم طبق ترتيب معين بينها ، وهي أهم من الضروريات ؛ لأنها تشمل الضروريات والحاجات والتحسينات . فهذا التعريف صرح بأن المصلحة هي : جلب منفعة مقصودة للشارع الحكيم ، وإن كان لم يصرح بأن دفع الضرر من المصلحة أيضًا ، إلا أن تعريفه ينوه به ويلزم منه . وقد عرفها الآمدي فقال : هي مصلحة لم يشهد الشرع لها باعتبار ولا إلغاء ولذلك سُمِّيت مرسلة . وتنقسم المصالح من حيث مقصود الشارع إلى ثلاث :

١ - ضرورية : وهي التي ترجع إلى حفظ النفس ، والعقل ، والمال ، والدين ، والعرض ، والنسب ، وإذا اختل منها أمر اختلت المعايش به ، وعمت الفوضى .

=

١٩٨٠٨ – وقال الشافعي : أربعة أخماسه للنبي ﷺ وخمسه يقسم كما يقسم خمس الغنيمة للنبي ﷺ خمسه وما يصنع بنصيب النبي بعد وفاته فيه قولان أحدهما لمصالح المسلمين والآخر يصرف إلى المقاتلة [1] .

= ٢ – حاجية : وهي الأمور التي تقتضيها سهولة الحياة ، أو ما أدى إلى حرج كبير من غير خوف على فوات ما سبق من المصالح الست .

٣ – تحسينية : وهي الأمور التي تجعل الحياة في جمال ، ومرجعها إلى تهذيب الأخلاق وتحسين الصورة والمعاملات . وتنقسم المصالح من حيث اعتبار الشارع لها أو عدمه – أيضًا – إلى ثلاثة :

١ – المصالح المعتبرة شرعًا : كما سبق في المصالح الست الكلية .

٢ – المصالح الملغاة شرعًا : كمصلحة آكل الربا في زيادة ماله ، ومصلحة المريض أو من ضاقت معيشته في الانتحار ونحوها .

٣ – المصالح المرسلة : وهي المقصودة وهي مصلحة لم يشهد الشرع لها باعتبار ولا إلغاء . وجمع القرآن في مصحف واحد لمصلحة حفظ الدين وهي مشروعة وقتل الجماعة بالواحد لمصلحة حفظ النفس وهي مشروعة وتضمين الصناع لمصلحة حفظ الأموال وهي مشروعة ، وكذا ضمان الرهن ، والأمثلة الباقية كلها تندرج تحت المصالح المعتبرة شرعًا ضرورة أو حاجة أو تحسينًا – كما سبق – ولا يتصور خروج شيء منها أصلًا .

اشترط الأصوليون شروطًا للمصلحة حتى تقبل ويعمل بها ، ومن هذه الشروط :

١– أن تكون المصلحة ملائمة لمقاصد الشارع بحيث لا تنافي أصلًا من أصوله ، ولا تعارض نصًا أو دليلًا من أدلته القطعية .

٢– أن تكون معقولة في ذاتها ، جرت على الأوصاف المناسبة المعقولة التي يتقبلها العاقل بحيث يكون ترتيب الحكم عليها مقطوعًا لا مظنونًا ولا متوهمًا .

٣– أن تكون تلك المصلحة عامة للناس ، وليس اعتبارها لمصلحة فردية أو طائفة معينة ؛ لأن أحكام الشريعة للتطبيق على الناس جميعًا .

المراجع : المعجم الوسيط (٥٢/١) ، لسان العرب (٢٤٧٩/٤) ، المحصول في علم الأصول للرازي (٢٢٠/٢) ، الاجتهاد في ما لا نص فيه د . / الطيب الخضري السيد (٥٣/٢) ، الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (٢٩٠/٣) ، تيسير الأصول للحافظ ثناء الله الزهدي ص٣٠٥ ، ٣٠٦ ، ٣٠٧ . قال أصحابنا : الفيء كل ما وصل إلينا من المشركين بغير قتال كالأراضي الذي أخلوا بالخراج ، والجزية والعشر ، ويصرف جميع ذلك إلى مصالح المسلمين . انظر : بدائع الصنائع (١١٧/٧) .

(١) قال الإمام الماوردي : يقسم الخمس على خمسة أسهم متساوية : سهم منها كان لرسول الله في حياته ينفق منها على نفسه وأزواجه ويصرفه في مصالحه ومصالح المسلمين واختلف الناس فيه بعد موته . فذهب الشافعي إلى أنه يكون مصروفًا في مصالح المسلمين كأرزاق الجيش وعداد الكراع والسلاح وبناء الحصون والقناطر وأرزاق القضاة وما جرى هذا المجرى من وجوه المصالح . انظر : الأحكام السلطانية ص١٦٣ – ١٦٤ ، مغني المحتاج (١٤٧/٤ – ١٥١) .

١٩٨٠٩ - والدليل على ما قلناه قوله تعالى : ﴿ مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ ﴾ (١) ثم قال ﴿ لِلْفُقَرَآءِ ٱلْمُهَٰجِرِينَ ﴾ (٢) ثم قال : ﴿ وَٱلَّذِينَ تَبَوَّءُو ٱلدَّارَ وَٱلْإِيمَٰنَ مِن قَبْلِهِمْ ﴾ (٣) يعني الأنصار ثم قال : ﴿ وَٱلَّذِينَ جَآءُو مِنۢ بَعْدِهِمْ ﴾ (٤) .

١٩٨١٠ - فهذا يدل أن (٥) حق جميع المسلمين في الفيء ولو قسم على ما قالوا لم يبق فيه فيء لمن بعد المهاجرين والأنصار وعلل في الآية فقال ﴿ كَىْ لَا يَكُونَ دُولَةًۢ بَيْنَ ٱلْأَغْنِيَآءِ مِنكُمْ ﴾ (٦) ولو ملك النبي ﷺ منه أربعة أخماسه وخمس خمسه جاز أن يملكه لمن يشاء (٧) فيصير دولة بين الأغنياء منكم وهذا خلاف القرآن .

١٩٨١١ - ويدل عليه قول النبي ﷺ « فيما أفاء الله عليكم إلا الخمس والخمس مردود فيكم » (٨) وهذا ينفي أن يكون له أربعة أخماسه .

١٩٨١٢ - فإن قيل المراد بهذا الغنيمة ؛ لأنه قال ما أفاء الله عليكم من الغنيمة فهي فيء قال الله تعالى : ﴿ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ ﴾ (٩) فأما الفيء فإنه يضاف إلى النبي ﷺ خاصة .

١٩٨١٣ - قلنا : الفيء عبارة عن الرجوع ومنه سمى الله تعالى وطئ الديار فيئًا ويقال فاء الظل إذا رجع .

١٩٨١٤ - قال امرؤ القيس

تيممت العين التي عند ضارح ... يفيء عليها الظل عرمضها (١٠) طامي (١١)

١٩٨١٥ - والغنيمة هي المأخوذة قهرًا فأما الذي يرجع إلينا فهو ما وصل بغير فعلنا وذلك يكون في الغنيمة فصار اسم الفيء ما ذكرناه أخص فحمل الآية عليه أولى .

١٩٨١٦ - فإن قيل : هذا دليل عليكم لأنه قال مالي فيما أفاء الله عليكم إلا الخمس فهذا يدل أنه يخمس .

---

(١) سورة الحشر : الآية ٧ .
(٢) سورة الحشر : الآية ٨ .
(٣) سورة الحشر : الآية ٩ .
(٤) سورة الحشر : الآية ١٠ .
(٥) ساقطة من (م) .
(٦) سورة الحشر : الآية ٧ .
(٧) في (م) : [شاء] .
(٨) أخرجه الإمام الشافعي (٩٣/٢) ، والنسائي (١٣١/٧) ، وابن ماجه (٩٥٠/٢) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٣٠٣/٦) .
(٩) سورة الأنفال : الآية ٤١ .
(١٠) العرمض : الطحلب ، وضرج موضع في ديار بني عبس ، وطامي مرتفع . انظر : لسان العرب (٢٩١٥/٤) ، مادة (عرمض) و (٢٥٧١/٤) مادة (ضرح) .
(١١) انظر : خزانة الأدب (٣٣٥/١) .

١٩٨١٧ - قلنا : قد قال الطحاوي (١) في مختصره إن الفيء يقسم على ما يقسم عليه خمس الغنيمة فعلى هذه الرواية . قد قلنا : بظاهر الخبر ويدل عليه أن النبي ﷺ «أخذ الجزية من مجوس هجر ونصارى نجران ويهود آيلة وأمر معاذ فأخذها من أهل اليمن (٢) ووضعها عمر بن الخطاب (٣) على أهل السواد والشام » (٤) (٥) . ووضعت

(١) هو : أحمد بن حمد بن سلامة أبو جعفر الطحاوي الأزودي إمام جليل القدر مشهور في الآفاق ذكره عنه ابن كمال باشا وغيره من طبقة من يقدر على الاجتهاد في المسائل التي لا رواية فيها ولا يقدر على مخالفة صاحب المذهب لا في الفروع ولا في الأصول وهو منظور فيه فإن له درجة عالية ورتبة شامخة قد خالف بها صاحبها المذهب في كثير من الأصول والفروع له مصنفات منها شرح معاني الآثار ، مختصر الطحاوي في فروع الحنفية قال عنه : جمعت في كتابي هذا أصناف الفقه التي لا يسع الإنسان جهلها وبنيت الجوابات عنها من قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد - توفي سنة ٣٢١ . انظر : الفوائد البهية في تراجم الحنفية ص٣٠ ، كشف الظنون (١٦٢٧/٢) .

(٢) اليمن : بالتحريك قال الشرقي : إنما سميت اليمن لتيامنهم إليها ، قال ابن عباس تفرقت العرب فمن تيامن منهم سميت اليمن ويقال إن الناس كثروا بمكة فلم تحملهم فالتأمت بنو يمن إلى اليمن وهي أيمن الأرض فسميت بذلك . وقال الأصمعي : اليمن وما اشتمل عليه حدودها بين عُمان إلى نجران ثم يلتوي على بحر العرب إلى عدن إلى الشحر حتى يجتاز عمان فينقطع من بينونة ، وبينونة بين عمان والبحرين وليست بينونة : من اليمن وقيل : حد اليمن من وراء تثليث وما سامتها إلى صنعاء وما قاربها إلى حضر موت والشحر وعمان إلى عدن أَبْيَنَ وما يلي ذلك من التهائم والنجود . واليمن تجمع ذلك كله . معجم البلدان ك . ى . ص ٥١٠ ، ٥١١ .

(٣) هو : عمر بن الخطاب ابن نفيل بن عبد العزى بن رياح بن عبد الله بن قُرط بن رزاح بن عدي بن كعب بن لؤي . أمير المؤمنين أبو حفص القرشي العدوي ، الفاروق . ثاني الخلفاء الراشدين . أمه حنتمة بنت هشام المخزومية . أسلم في السنة السادسة من النبوة وله سبعٌ وعشرون سنة . وهو ثمرة دعوة رسول الله ﷺ [اللَّهم أعِزَّ الإسلام بعمر بن الخطاب] أخرجه بن ماجه . قال سعيد بن جبير ﴿ وَصَٰلِحُ ٱلْمُؤْمِنِينَ ﴾ سورة التحريم ٤ نزلت في عمر خاصة ، وقال ابن مسعود : مازلنا أعزة منذ أسلم عمر وقال رسول الله ﷺ عندما طلع عليه أبو بكر وعمر [الحمد لله الذي أيدني بكما] أخرجه الحاكم وهو من العشرة المبشرين بالجنة ، وكان الشيطان يفر من الطريق الذي يسلكه عمر وكان زاهدًا ورعًا دخل على ابنه عاصم وهو يأكل لحمًا فقال له ما هذا قال : قرمنا (وهي شدة الشهوة إلى اللحم) قال عمر أو كلما قرمت إلى شيء أكلته . كفى بالمرء سرفًا أن يأكل كل ما اشتهى (تاريخ الخلفاء للسيوطي) . فتحت على يديه دمشق ، وفلسطين ، وقيسارية بالشام ونهاوند ، والأسكندرية ، وهمذان وطرابلس المغرب ، والعراق ، والبصرة ، وحمص ، والأردن ، والمدائن . قتله أبو لؤلؤة عبد المغيرة طعنه بخنجر له رأسان وطعن معه اثني عشر رجلًا مات منهم ستة ودفن مع صاحبيه بعد أن استأذن أم المؤمنين عائشة . (سير أعلام النبلاء ٥٠٩/٢ وما بعدها) . استشهد في أواخر ذي الحجة سنة ٢٣هـ وهو ابن ٦١ سنة .

(٤) الشأْم : بفتح أوله ، وسكون همزته ، الشأَم بفتح همزته ، مثل نهر ونَهَرَ لغتان ، ولا تمد ، وفيها لغة ثالثة وهي الشام ، بغير همز ، كذا يزعم اللغويون ، قال أهل الأثر : سميت الشام نسبة إلى سام بن نوح عليه السلام ، وذلك أول من نزلها فجعلت السين شيئًا لتغير اللفظ العجمي .... معجم البلدان ، لياقوت ، (٣٥٤/٣) .

(٥) انظر : سنن أبي داود كتاب الخراج باب في أخذ الجزية (١٦٦/٣ ، ١٦٩) ، والأفام (٣٠٣٧ - =

في بيت المال ولم تخمس .

١٩٨١٨ - فمن قال أنها تخمس فقد خالف السنة وابتدع ما خالف الإجماع لأن أحدًا لم يسبقه إلى هذا القول .

١٩٨١٩ - بل اتفق الفقهاء على خلافه وإذا ثبت بالسنة والإجماع أن الجزية لا تخمس والمعنى أنه مال وصل إلينا من المشركين بغير قتال وهذا / المعنى موجود في جميع أنواع الفيء .

١٩٨٢٠ - ولأنه مأخوذ بظهر المسلمين فلا يستحق النبي ﷺ أربعة أخماسه كالغنيمة .

١٩٨٢١ - احتجوا بما روى ابن عيينه [١] عن الزهري [٢] قال سمعت مالك بن أوس ابن الحدثان [٣] يقول : « سمعت عمر بن الخطاب والعباس [٤] ....

= ٣٠٤٤) ، السنن الكبرى للبيهقي (١٨٤/٩ - ١٨٨) .

(١) هو : سفيان بن عيينة بن أبي عمران ميمون مولى محمد ، أخي الضحاك مزاحم ، الإمام الكبير حافظ العصر شيخ الإسلام . أبو محمد الهلالي الكوفي . ثم الملكي . كان مولدة بالكوفة في سنة سبع ومائة أحد الثقات الإعلام ، أجمعت الأمة على الاحتجاج به وكان يدلس ، لكن المعهود منه أنه لا يدلس إلا عن ثقة . وكان قوي الحفظ ، وماح أصحاب الزهري أصغر سنًّا منه ومع هذا من أثبتهم ، ولقد كان خلق من طلبة الحديث يتكلفون الحج ، وما المحرك لهم سوى لقي سفيان بن عيينة ، لإمامته وعلو إسناده قال الإمام الشافعي : لولا مالك وسفيان بن عيينة لذهب علم الحجاز . وقال عبد اللّٰه بن وهب : لا أعلم أحدًا بتفسير القرآن من ابن عيينة ، وقال أحمد بن حنبل أعلم بالسنن من سفيان . توفي سنة ١٩٨هـ . ترجمته : الذهبي في «الإعلام» (٦٥٣/٧) ، الذهبي في « ميزان الاعتدال » (١٧٠/٢) ، الذهبي في الكاشف (٣٠١/١) . الذهبي في « العبر » (٢٠٨/١) .

(٢) هو محمد بن مسلم بن عبيد اللّٰه بن شهاب بن عبد اللّٰه الحارث بن زهرة بن كلاب بن مرة بن كعبة بن لؤي بن غالب الإمام العلم حافظ زمانه أبو بكر القرشي الزهري المدني نزيل الشام . روى عن : ابن عمر وجابر ابن عبد اللّٰه شيئًا قبلًا . روى عنه : عطاء بن أبي رباح ، وعمر بن عبد العزيز وعمرو بن دينار وعمرو بن سفي وقتادة وغيرهم . قال يحيى بن القطان : توفي الزهري سنة أربع أو ثلاث وعشرين ومائة . انظر : سير أعلام النبلاء (١٣٣/٦) إلى ١٥٢ .

(٣) هو : مالك بن أوس بن الحدثان بن الحارث بن عوف الفقيه الإمام الحجة أبو سعد ، ويقال أبو سعيد النصري الحجازي المدني أدرك حياة النبي ﷺ . حدث عن : عمر وعلي وعثمان وطلحة والزبير وعبد الرحمن ابن عوف والعباس وسعد بن أبي وقاص وطائفة . حدث عنه : الزهري ومحمد بن المنكدر وعكرمة بن خالد وأبو الزبير ومحمد بن عمرو بن حملة وأخرون قال البخاري مالك بن أدي له صحبة ولعله عاش مائة عام توفي سنة ٩٢هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (١٨٢/٥ : ١٨٣) .

(٤) هو : عم النبي ﷺ : قيل ظانه أسلم قبل الهجرة وكتم إسلامه له عدة أحاديث . روى عنه : ابناه : =

وعلي [(١)] ﷺ يختصمان إليه في أموال النبي ﷺ ، فقال عمر : كانت أموال بني النضير مما أفاء اللّٰه على رسوله مما لم يوجف المسلمون عليها بخيل ولا ركاب فكانت لرسول اللّٰه خاصة دون المسلمين وكان رسول اللّٰه ﷺ ينفق منها نفقة سنة على أهله فما فضل جعله في الكراع والسلاح يتخذه في سبيل اللّٰه ثم توفي رسول اللّٰه ﷺ فوليها أبو بكر الصديق وسألتماني أن أوليكما على أن تعملا فيها بمثل ما وليها خليفة [(٢)] رسول اللّٰه ﷺ ثم تختصمان تريدان أن أدفع إلى كل واحد منكما نصفًا أتريدان مني قضاء غير ما قضيت بينكما أجلًا والذي بإذنه تقوم السموات والأرض لا أقضي بينكما قضاء غير ذلك فإن عجزتما عنها فادفعاها إلى أكفيكماها » [(٣)] .

١٩٨٢٢ - قالوا : فقد قال عمر أنها كانت لرسول اللّٰه ﷺ خالصًا والظاهر أن

= عبد اللّٰه ، وكثير ، والأحنف بن قيس ، وعبد اللّٰه بن الحارث ، وجابر بن عبد اللّٰه ونافع بن جبير وغيرهم . قال الكلبي : كان العباس شريفًا ، مهيبًا ، عاقلًا ، جميلًا ، له ضفيرتان ، معتدل القامة . قال الذهبي : بل كان من أطول الرجال ، وأحسنهم صورةً ، وأبهاهم ، وأجهرهم صوتًا ، مع الحلم الوافر والسؤدد . قال الزبير بن بكار : كان للعباس ثوبٌ لعاري بني هاشم ، وجفنة لجائعهم ، وكان يمنح الجار ، ويبذل المال ، ويُعطي في النوائب . مات ﷺ سنة : ٣٢هـ وصلى عليه عثمان ﷺ . ترجمته في : الإصابة (٤٥٠٧/٢) ، الاستيعاب (٨١٠/٢) ، طبقات ابن سعد (٥/٤) ، أسد الغابة (٩/٣) .

(١) هو : علي بن أبي طالب بن عبد مناف بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف . أمير المؤمنين أبو الحسن القرشي الهاشمي – أمه فاطمة بنت أسد بن هاشم بن عبد مناف الهاشمية توفيت في حياة النبي ﷺ . روى الكثير عن النبي ﷺ وعرض عليه القرآن وأقرأ ، وكان من السابقين الأولين شهد بدرًا وما بعدها وكان يكنى أبا تراب أسلم وسنه ثمان سنوات وقيل أربع عشرة سنة . ثبت عن ابن عباس قال : أول من أسلم علي . قال النبي ﷺ يوم خيبر [لأعطين الراية رجلًا يحب اللّٰه ورسوله ويحبه اللّٰه ورسوله ويفتح اللّٰه على يديه] وهو من العشرة المبشرين بالجنة وقال له النبي ﷺ [أنت مني كهارون من موسى غير إنك لست بنبي] رواه مسلم وتزوج من فاطمة بنت رسول اللّٰه ﷺ – وكان زاهدًا ورعًا قال جرموز رأيته وعليه إزار إلى نصف الساق ورداء مشمر ومعه درة يمشي بها في الأسواق يأمرهم بتقوى اللّٰه وحسن البيع ويقول : أوفوا الكيل والميزان ، ولا .... اللحم ، قال عمر بن عبد العزيز أزهد الناس في الدنيا علي بن أبي طالب قتله عبد الرحمن بن مُلْجَم المُرَادِيّ ١٧ رمضان وذلك سنة ٤٠هـ .

(٢) ساقطة من (م) .

(٣) هذا الأثر عن ابن عيينة عن الزهري قال : سمعت مالك بن أوس بن الحدثان يقول : سمعت عمر بن الخطاب والعباس وعلي يختصمان إليه في أموال النبي (ﷺ) فقال عمر : كانت أموال بني النضير مما أفاء اللّٰه على رسوله لم يوجف المسلمون عليها بخيل ولا ركاب وكانت لرسول اللّٰه (ﷺ) خاصة دون المسلمين وكان رسول اللّٰه (ﷺ) ينفق منها نفقة تسن على أهله الخ . أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٩٥/٦) ، وأبو داود في سننه كتاب الخراج باب في صفايا رسول اللّٰه ﷺ من الأموال مختصرًا (١٤١/٣) ، برقم ٢٩٧٦ ، وبنحوه أخرجه البخاري في صحيحه كتاب بدء الوحي باب قول النبي ﷺ لا نورث (٢٤٧٤/٦) ، برقم ٦٣٤٦ .

الفيء كله له وحده وظاهر الآية أن الفيء كله مقسوم على خمسة فتجمع بينهما .

١٩٨٢٣ - فنقول : معنى الخبر أربعة أخماس ماله خالصًا ومعنى الآية خمسه مقسوم على خمسة فكان الجمع بينهما أولى من إسقاط أحدهما وأنتم استعملتم الآية وتركتم الخبر .

١٩٨٢٤ - والجواب : أن قوله : ﴿ مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ ﴾ [1] إنما أضافها إليه لأنها موقوفة على تصرفه وقوله كانت له خالصًا دون المسلمين أن له التصرف فيها .

١٩٨٢٥ - تبين ذلك ما روى المدايني [2] في كتاب الخلفا عن سعيد بن خالد بن الترجمان بإسناده أن فاطمة جاءت إلى أبي بكر تطلب إرثها من هذه القرى فقال لها : « والله ما خلق الله خلقًا أحب إلي من أبيك ولا خلقًا بعد أبيك أحب إلي منك ولأن تحتاج عائشة أيسر علي من أن تحتاجي والذي بعث أباك بالحق مالك هذه الأموال قط » [3] وهذا بحضرة الصحابة .

١٩٨٢٦ - فبان أن قول عمر أنها كانت للنبي ﷺ خالصًا أي موقوفة على رأيه وتصرفه وأنها تخالف الغنيمة التي تقسم فيتصرف فيها أهلها كيف شاؤا .

١٩٨٢٧ - فعلى هذا قد حملنا الآية على ظاهرها وحملنا الخبر على وجه صحيح يقصد به الإجماع فكأن ذلك أولى من ترك ظاهر الآية والخبر جميعًا .

١٩٨٢٨ - قالوا : مال رجع من المشركين إلى المسلمين جعلت قسمته إلى الإمام فوجب أن يخمسه كالغنيمة .

١٩٨٢٩ - قلنا : المعنى في الغنيمة أنها مملوكة بسببين مختلفين بمباشرة القائمين وبظهر المسلمين فاستحق أهل الخمس بهذه والقائمون بمعنى آخر .

---

(١) سورة الحشر : الآية ٧ .

(٢) هو : العلامة الحافظ الصادق أبو الحسن علي بن محمد بن عبد الله بن أبي سيف المدائني الأخباري نزل بغداد وصنف التصانيف وكان عجبًا في معرفة السير والمغازي والأنساب وأمام العرب مصدقًا فيما ينقله عالي الإسناد . ولد سنة اثنتين وثلاثين ومائة . سمع من : قرة بن خالد وهو أكبر شيخ له ، وشعبة بن جويرية بن أسماء وعوانة بن الحكم وحماد بن سلمة وسلام مسكين وغيرهم . حدث عنه : خليفة بن خياط والزبير بن بكار والحارث بن أبي أسامة وأحمد بن أبي خيثمة وآخرون . كان عالمًا بالفتوح والمغازي والشعر صدوقًا في ذلك من تصانيفه : تسمية المنافقين ، خطب النبي كتاب فتوحه وكتاب عهوده ، وكتاب اخبار قريش ، كتاب أخبار أهل البيت وتاريخ الخلفاء مات سنة : ٢٢٤ أو ٢٢٥هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (١٢٦/٩ ، ١٢٧) .

(٣) أخرجه البخاري بلفظ قريب في كتاب الوحي باب حديث بني النضير (١٤٨/٤) برقم ٣٨١٠ .

١٩٨٣٠ - والفيء مملوك بسبب واحد كانت جهته واحدة ولم يتبعض استحقاقه كمال الزكاة والعشر لما استحق بسبب واحد كان المستحق له فريق واحد لم يختلف مستحقه .

١٩٨٣١ - قالوا : الفيء مأخوذ بترعيب النبي ﷺ لأنه قال « نصرت بالرعب وإن العرب تفزع مني على مسافة شهر »[1] .

١٩٨٣٢ - قلنا : فيجب إذا كان من جملة القائمين أن يستحق الأربعة أخماس ؛ لأن ذلك الرعب موجود فيه فلما لم ينفرد بأربعة أخماسها كذلك الفيء لأنه مأخوذ برعبه ورعب المسلمين .

* * *

(١) أخرجه البخاري في كتاب التيمم (١٢٨/١) ، برقم ٣٢٨ ، ومسلم في أول كتاب المساجد ومواضع الصلاة (٣٧٣/١) برقم ٥٢١ .

مسألة ١٠٠٣

القاتل لا يستحق سلب المقتول إلا أن شرط الإمام

١٩٨٣٣ - قال أصحابنا : لا يستحق القاتل سلب المقتول إلا أن شرط الإمام ذلك [١] .

١٩٨٣٤ - وقال الشافعي : إذا قتل المسلم وهو ممن سهم كافرًا ممتنعًا أو لحقه والحرب قائمة فله سلبه شرط الإمام ذلك أو لم يشرط .

وإن كان القاتل ممن لا يستحق السهم كالعبد والصبي والكافر ففيه قولان الصحيح أنه لا يستحق السلب والقول الآخر يستحق [٢] .

فإن كان القاتل يحد بالجنس كابن أبي سلول لم يستحق السلب قولًا واحدًا .

١٩٨٣٥ - فإن قيل : بعد تقضي الحرب لم يستحق ولذلك إن قتل من أثخنته الجراح أو قتل الصغير لم يستحق سلبه فإن قتل صبيًا أو امرأة في حال الحرب فإن كانا يقاتلان استحق سلبهما وإن كانا لا يقاتلان لم يستحق وإن ثخن رجلًا وقتله آخر فالسلب للذي أثخنه لا لقاتله .

١٩٨٣٦ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ ﴾ [٣] فأضاف الغنيمة إلى جماعة الغانمين وهذا يمنع انفراد الواحد بشيء منها .

١٩٨٣٧ - وروى عبد الله بن شقيق [٤] عن رجل من تلقيني قال : « أتيت النبي

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٨/١٠) ، تحفة الفقهاء (٥٠٨/٣) .
وأصحابنا استدلوا بقوله تعالى : ﴿ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ ﴾ والسلب من الغنيمة لأن الغنيمة مال يصاب بأشرف الجهات فينبغي أن يجب فيه الخمس بظاهر الآية وعندكم لا يجب وهذا مروي عن ابن عباس ﷺ قال : السلب من الغنيمة وفيه الخمس واستدلوا بالآية .

(٢) جاء في مغني المحتاج : قوله وإيجاف بالواو هنا بمعنى أو لئلا برد المأخوذ بقتال الرجالة وبالقسق فإنه غنيمة كما تقرر ولا إيجاف فيه تقرر ، ذلك فيقدم منه أي أصل مال الغنيمة السلب بالتحريك للقاتل المسلم سواء كان حرًا أم ذكرًا أم لا بالغًا أم لا شرط له الإمام أو لم يشرط . انظر : مغني المحتاج (١٥٧/٤ - ١٥٨) ، الأم (١٤٢/٤) ، نهاية المحتاج (١٤٤/٦) .

(٣) سورة الأنفال : الآية ٤١ .

(٤) هو : عبد الله بن شقيق العقيلي أبو عبد الرحمان ويقال أبو محمد البصري ، من بني عقيل بن كعب بن عامر بن صعصعة . روي عن : أقرع مؤذن عمر بن الخطاب ورجاء بن أبي رجاء الباهلي وأبيه شقيق العقيلي على =

ﷺ وهو بوادي القرى فقلت يا رسول الله لمن المغنم ؟ فقال : لله [1] سهم ولهؤلاء أربعة أسهم قلت فهل أحد أحق شيئًا من المغنم من أحد ؟ قال : لا حتى السهم يأخذه أحد من جنبه فليس بأحق من أخيه » [2] .

١٩٨٣٨ - ويدل عليه قوله عليه [الصلاة] والسلام : « ردوا الخيط والمخيط فإنه عار ونار وشنار [3] إلى يوم القيامة » [4]

١٩٨٣٩ - وروى معاذ بن جبل قال سمعت رسول الله ﷺ يقول : « ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه لا يتناوله » [5] .

١٩٨٤٠ - فإن قيل : قد طابت نفس رسول الله ﷺ بالسلب وهو إمام الأئمة .

١٩٨٤١ - قلنا : إطلاق اسم الإمام لا يتناوله بل له اسم هو أشرف وأخص كما لا يطلق عليه اسم معلم وإن كان معلمًا في الحقيقة فإن الله تعالى : ﴿ هُوَ ٱلَّذِى بَعَثَ فِى ٱلْأُمِّيِّـۧنَ رَسُولًا مِّنْهُمْ يَتْلُوا۟ عَلَيْهِمْ ءَايَـٰتِهِۦ وَيُزَكِّيهِمْ وَيُعَلِّمُهُمُ ٱلْكِتَـٰبَ وَٱلْحِكْمَةَ ﴾ [6]

١٩٨٤٢ - وجواب ثاني : وهو أن معناه أروي هذا الخبر محتجًا به على أن الخيار في سلب إلى الإمام وما يقام الاحتجاج بقوله « من قتل قتيلًا فله سلبه » [7] .

١٩٨٤٣ - لأنه قال لم يقل ذلك النبي ﷺ إلا في غزاة واحدة ثم جمعه بعد ذلك بقوله ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه فعلم أنه فهم من إطلاق الإمام غير النبي ﷺ .

١٩٨٤٤ - وقد روي أن معاذ قال : « إن النبي ﷺ قال في واحدة من سمعته

= خلاف ذلك . وعبد الله بن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب وعمر بن الخطاب . روى عنه : أيوب السختياني ، وبديل بن ميسرة الفقيلي والبراوبن عبد الله الغنوي وخلق كثير . ذكره محمد بن سعيد في الطبقة الأولى من تابعي البصرة ثقة ماتت سنة ١٠٨هـ . انظر : تهذيب الكمال (٨٩/١٥ : ٩٣) .

(١) في جميع النسخ [لي فيهم سهم] وما أثبتناه من كتب الحديث .

(٢) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٢٢٩/٣) .

(٣) الشنار هو العيب والعار ، وقيل هو أقبح العيب والعار انظر : لسان العرب (شنر) (٢٣٣٨/٤) .

(٤) سبق تخريجه .

(٥) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٢٠/٤) ، وابن حزم في المحلى (٣٣٤/٨) ، نصب الراية (٣٠٠/٤) .

(٦) سورة الجمعة : الآية ٢ .

(٧) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (١١٤/٣ ، ١٩٠) ، وأبو داود (٧٠/٣) ، كتاب الجهاد باب في السلب يعطى القاتل برقم ٢٧١٧ .

ثم سمعه [1] [من] بعد يقول الخيار إلى الإمام إن شاء أعطى وإن شاء منع » [2] .

١٩٨٤٥ - ويدل عليه حديث عبد الرحمن بن عوف [3] أنه كان واقفًا يوم بدر [4] ومعه فتيان من الأنصار إذا أقبل أبو جهل بن هشام [5] وقد أخذته سيوف بني مخزوم [6] فابتدره معاذ بن عمرو بن الجموح [7] ومعاذ بن عفراء [8] فضرباه ثم قالا للنبي ﷺ إننا قتلنا أبا جهل فقال : أمسحتما سيفكما قالا لا ، فنظر إلى السيفين فقال : كلاكما قتله ، وأعطى سلبه معاذ بن عمرو بن الجموح » [9] .

١٩٨٤٦ - ولو استحق السلب بالقتل لم يجز أن يخص به أحدهما .

١٩٨٤٧ - فإن قيل : غنايم بدر كانت لرسول الله ﷺ، يصنع فيها ما يشاء .

---

(١) في (م) : [لم يسمعه] . (٢) لم نعثر على هذا الحديث بعد .

(٣) هو : عبد الرحمن بن عوف بن عبد الله بن الحارث بن زهرة بن كلاب بن مرة بن كعب بن لؤي أبو محمد أحد العشرة المبشرين بالجنة ، وأحد الستة أهل الشورى وأحد السابقين البدريين القرشي الزهري وهو أحد الثمانية الذين بادروا إلى الإسلام وله عدة أحاديث . روى عنه : ابن عباس أو ابن عمر أو أنس بن مالك ، وبنوه إبراهيم وحميد أبو سلمة وعمرو ومصعب بنو عبد الرحمن . توفي سنة ٣٢ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٤٣/٣) وما بعدها أسد الغابة (٣١٣/٣) .

(٤) أي يوم غزوة بدر التي سميت بيوم الفرقان وانتصر فيها المسلمين على الكافرين .

(٥) أبو جهل - لعنه الله - هو : عمرو بن هشام أبو الحكم ، أشد الناس عدواة للمصطفى ودعاه المسلمون أبا جهل قتل في وقعة بدر الكبرى سنة ٢ هـ . وهو في صفوف المشركين . انظر : الأعلام (٨٧/٥) .

(٦) بنو مخزوم بطن من لؤي بن غالب من قريش وكان لمخزوم من الولد عمرو ، وعامر ، عمران منهم خالد ابن الوليد الصحابي ، ومنهم أبو جهل ابن هشام عدو رسول الله ﷺ وأخوه العاصي ابن هشام قتلا يوم بدر كافرين وأخوهما السلمة بن هشام : أسلم وكان من خيار المسلمين ومنهم سعيد ابن المسيب التابعي المشهور . انظر : سبائك الذهب في معرفة قبائل العرب ص ٢٨٧ .

(٧) هو : معاذ بن عمرو بن الجموح بن كعب الأنصاري الخزرجي السلمي المدني البدري الفقير قاتل أبي جهل . روى عنه : ابن عباس وعاش إلى أواخر خلافة عمر بن الخطاب توفي سنة ٣٠هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (١٥٥/٣) وما بعدها . أسد الغابة (٢٠٢/٥) .

(٨) هو : معاذ بن الحارث بن رفاعة بن الحارث بن سواد بن مالك بن غنيم بن مالك بن الحارث الأنصاري المعروف بأبي عفراء وهي أمة وهي عفراء بنت عبد ثعلبة وقيل غير ذلك شهد بدرًا أو أحدًا والمشاهد كلها مع رسول الله ﷺ قال : الواقدي : يروى أن معاذ بن الحارث ورافع بن مالك الزرقي أول من أسلم من الانصار بمكة . انظر : تهذيب الكمال (١١٥/٢٨-١١٧) ، أسد الغابة (٣٧٨/٤) .

(٩) أخرجه البخاري في كتاب الخمر باب من لم يخمس الأسلاب ومن قتل قتيلًا فله سلبه (١١٤٤/٣) ، برقم ٢٩٧٢ ، ومسلم في كتاب الجهاد والسير باب استحقاق القاتل سلب القتيل (١٣٧٢/٣) .

١٩٨٤٨ - قلنا : هذا غير مسلم بل هي للمسلمين وقوله تعالى : ﴿ يَسْئَلُونَكَ عَنِ ٱلْأَنفَالِۖ قُلِ ٱلْأَنفَالُ لِلَّهِ ﴾ (١) إنما أراد به تنفل المقاتلة التي تثبت شرط النبي (٢) ﷺ وكما يرى من المصلحة وقد روي عن ابن عباس هذا بعينه فلما كان يوم بدر قال رسول الله ﷺ : « من فعل كذا فله كذا » (٣) فذهب شأن الرجال وحبس السيوف تحت الرايات فلما كانت الغنيمة جاءت الشبان يطلبون نفلهم ، فقال الشيوخ تستأثروا علينا فإنا كنا تحت الرايات لو انهزمتم كنا ردءًا لكم فأنزل الله ﴿ يَسْئَلُونَكَ عَنِ ٱلْأَنفَالِۖ ﴾ إلى قوله : ﴿ كَمَآ أَخْرَجَكَ رَبُّكَ مِنۢ بَيْتِكَ بِٱلْحَقِّ وَإِنَّ فَرِيقًا مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ لَكَٰرِهُونَ ﴾ (٤) .

يقول أطيعون في هذا الأمر كما رأيتم عاقبة أمري .

فهذا يدل على (٥) أن الآية نزلت بتنفيل رسول الله ﷺ لا في أصل الغنيمة وإذا ورد الأثر ما تقتضيه حقيقة اللفظ فحمل عليه أولى .

ويدل عليه حديث عوف ابن مالك (٦) أن بدويًا رافقهم في غزوة مؤتة وإن روميًا كان يشتد على المسلمين ويغري بهم فتلطف له ذلك البدوى فقعد خلف صخرة فلما مر به عَرقَبَ (٧) فرسه وخر الرومي لقفاه وعلاه بالسيف فقتله وأقبل بفرسه بسرجه ولجامه وسيفه ومنطقته وسلاحه وذهب (٨) بالذهب والجوهر إلى خالد بن الوليد (٩)

---

(١) سورة الأنفال : الآية ١ .　　(٢) في (م) : [رسول الله] .

(٣) رواه ابن أبي شيبة (٤٧٠/٨) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٣١٥/٦) .

(٤) سورة الأنفال : الآية ١ - ٥ .　　(٥) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٦) هو : عوف بن مالك الأشجعي الغطفاني ممن فتح مكة وله جماعة أحاديث في كتبه . أقوال : أبو عبد الرحمن ، قيل أبن عبد الله ، وأبو محمد ، وأبو عمرو . حدث عنه : أبو هريرة ، وأبو سلم الخولاني وماتا قبله بمدة وخبير بن قبر وأبو إدريس الخولاني شهد غزوة مؤتة وقال رافضي من أصل اليمن وليس معه غير سبقه . توفي سنة ٧١ هـ . انظر : سير أعلام البنلاء (١١٣/٤-١١٤) ، أسد الغابة (٣١٢/٤) .

(٧) عرقب : العرقوب العصب الغليظ المؤثر فوق عقب الإنسان وعرقوب الدابة في رجلها بمنزلة الركبة من يدها . وعرقب الدابة قطع عرقوبها وتعرقبها : ركبها من خلفها . انظر : لسان العرب (عرقب) (٩/٤-٢٩) .

(٨) في (م) ، (ع) : [فذهب] .

(٩) هو : خالد بن الوليد بن المغيرة بن عبد الله بن عمر بن مخزوم بن يقظة أبي كعب سيف الله تعالى وفارس الإسلام وليث المشاهد السيد الإمام الأمير الكبير قائد المجاهدين أبو سليمان القريشي المخزومي هاجر مسلمًا في صفر سنة ثمان ثم سار غازيًا فشهد غزوة مؤتة واستشهد أمراء رسول الله ﷺ الثلاثة فتأمر لهم خالد وأخذ الراية وحمل على العدو ، مناقبه غزيرة وأمره الصديق على سائر أمراء الأجناد وحاصر دمشق وفتحها هو وأبو عبيدة بن الجراح . عاش ستين سنة وقال جماعة من الأبطال ومات على فراشه فلا قرت أعين =

فأخذ خالد سلبه ونفله لنفسه فقال عوف فقلت يا خالد ما هذا أما تعلم أن رسول الله ﷺ قضى بسلب المقتول للقاتل كله قال بلى ولكني استكثرته فقلت أما والله لأعرفنكها عند رسول الله ﷺ قال عوف فلما قدمنا على رسول الله ﷺ أخبرته خبره فدعاه وأمره أن يدفع إلى البدوي [١] بقية سلبه / فولى خالد ليفعل فقلت كيف رأيت يا خالد ألم أوف لك بما وعدتك فغضب رسول الله ﷺ وقال يا خالد لا تعطه وأقبل عليّ فقال : هل أنتم تاركوا أمرائي لكم صفوة وعليهم كدرة » [٢] .

١٩٨٤٩ - وهذا يدل أن الأمر بالدفع لم يكن على طريق الوجوب فلما ظن عوف أنه أمر واجب نهى رسول الله ﷺ خالدًا عن الدفع ، ومنع البدوي منه .

١٩٨٥٠ - فإن قيل : إنما منع النبي ﷺ عقوبة لما قدم عليه من الاستخفاف بالأمير ومما رأيه وقد كانت العقوبة في الأموال .

١٩٨٥١ - بدليل ما روي أن النبي ﷺ قال : « من يجر شيئًا من الغنيمة أحرق رحله » [٣] .

١٩٨٥٢ - وقال في الزكاة و [٤] من منعها فأنا آخذ وشطر ماله وقال في السرقة غرامة مثلها .

١٩٨٥٣ - قلنا : إنما كانت العقوبة في الأموال على الجناية المتعلقة بالأموال فأما على غيرها فلا .

١٩٨٥٤ - ولأن عوف بن مالك استخف بالأمير كيف يعاقب رسول الله ﷺ [البدوي] بمنعه حقه من المسلمين بجناية غيره ، فعلم أن هذا تأويل محتمل والخبر ظاهر في إبطال قولهم .

١٩٨٥٥ - ولأنه جزء معين من الغنيمة فلا ينفرد به أحد الغانمين إلا بإذن الإمام أصله سائر أعيان الغنيمة .

= الجبناء توفي سنة إحدى وعشرين . انظر : سير أعلام النبلاء (٢٢٧/٣-٢٣٩) .

(١) في (ص) : [المددى] .

(٢) أخرجه مسلم في كتاب الجهاد والسير باب استحقاق القاتل سلب القتيل (١٣٧٣/٣ ، ١٣٧٤) ، برقم ١٧٥٣ ، والبيهقي في معرفة السنن والآثار (٢٢٥/٩ ، ٢٢٦) ، نصب الراية (٣٠٢/٤) .

(٣) أخرجه أحمد بلفظ : « أن رسول الله ﷺ قال : « من وجدتم في متاعه غلولًا فأحرقوه » المسند (٢٢/١) ، وأبو داود بلفظ : « إذا وجدت الرجل قد غل فاحرقوا متاعه واضربوه » (٦٩/٣) ، كتاب الجهاد باب في عقوبة الغال برقم ٢٧١٣ .

(٤) ساقطة من (ع) .

١٩٨٥٦ - ولأنه مال الخيول فلا يستحقه القاتل بقتله كغير السلب ولأنه قتل بحق فلا يستحق القاتل السلب أصله إذا قتله بعد تقضي الحرب .

١٩٨٥٧ - ولا يقال : المعنى أنه لم يكف المسلمين ضرره أو لم يفد بنفسه في قتله. وفي مسألتنا بخلافه .

١٩٨٥٨ - وذلك لأن القتل بعد تقضي الحرب دفع لضرر المقتول عن المسلمين فقد دفع شره عن المسلمين ولا يستحق السلب .

١٩٨٥٩ - ولأن السلب وصل إلينا بظهر المسلمين ومعونتهم فلم ينفرد به بغير إذن المالك كسائر أجزاء الغنيمة .

١٩٨٦٠ - ولأن تخصيص أحد الغانمين من أمثاله بشيء من مال المشركين لا يجوز إلا بإذن الإمام كسائر الأنفال .

١٩٨٦١ - احتجوا بحديث أبي قتادة [١] قال : « خرجنا مع النبي [٢] ﷺ عام حنين فلما التقينا كانت [٣] للمسلمين جولة فرأيت رجلًا من المشركين قد علا رجلًا من المسلمين فاستدرت له حتى أتيته من ورائه فضربته على حبل عاتقه ضربة فأقبل على فضمني ضمة فوجدت منها ريح الميت [٤] ثم أدركه الموت فأرسلني ، ثم فلحقت [٥] عمر فقال ما بال الناس قال أمر الله ثم إن الناس رجعوا فقال رسول الله ﷺ : من قتل قتيلًا له عليه بينة فله سلبه فقمت فقلت من يشهد لي ثم جلست ، يقول وأقول ثلاث مرات ، فقال رسول الله ﷺ : مالك يا أبا قتادة قال فاقتصصت عليه القصة فقال رجل من القوم صدق يا رسول الله وسلب ذلك القتيل عندي ، فارضه مني فقال أبو بكر لها الله إذًا لا يُعمد إلى أسد من أُسد الله يقاتل عن الله وعن رسوله فيعطيك سلبه فقال رسول الله ﷺ فاعطه إياه فأعطانيه » [٦] فبعت الدرع فابتعت به مخرفًا في بني

---

(١) هو : أبو قتادة الأنصاري السلمي فارس رسول الله ﷺ شهد أحد والحديبية وله عدة أحاديث اسمه الحارث بن الحارث بن ربعي على الصحيح حدث عنه : أنس بن مالك ، وسعيد بن المسيب وعطاء بن يسار ، وعلي بن رباح وغيرهم . مات أبو قتادة سنة أربع وخمسين . انظر : سير أعلام النبلاء (٨٧/٤-٩٢) ، أسد الغابة (٣٢٧/١) .

(٢) في (م) ، (ع) : [رسول الله] .　　(٣) في (ع) : [كان] .

(٤) في (ع) : [الموت] .　　(٥) في (ع) : [ثم لحقت] .

(٦) أخرجه الشافعي في الأم / ، وهو متفق عليه ولم يذكر نص الحديث وإنما اختصر على الشاهد فقط ، أخرجه البخاري في كتاب المغازي باب قول الله تعالى : ﴿ وَيَوْمَ حُنَيْنٍ إِذْ أَعْجَبَتْكُمْ كَثْرَتُكُمْ ﴾ (١٥٧٠/٤) ، برقم ٤٠٦٦ ، ومسلم في كتاب الجهاد والسير باب استحقاق القاتل سلب القتيل (١٣٧٠/٣ - ١٧٥١) .

سلمة[١] فإنه لأول مال تأثَّلْتُهُ في الإسلام .

١٩٨٦٢ – قالوا : قوله ﷺ : « من قتل قتيلًا له عليه بينة » ولم يفرق بين أن يكون الإمام شرط ذلك أو لم يشرط ولم يخص [٢] ذلك بهذه الغزوة دون غيرها .

١٩٨٦٣ – ولأن هذا الشرط قاله النبي ﷺ بعد انقضاء الحرب وجمع الغنيمة فدل على [٣] أن السلب استحق بالشرع لا بالشرط .

١٩٨٦٤ – ولأن أبا بكر الصديق [٤] لما ذكر استحقاق أبي قتادة للسلب لم يذكر شرط رسول الله ﷺ وإنما ذكر مخاطرته بقتله وقال لا يعمد [٥] إلى أسد من أسد الله يقاتل عن الله ورسوله فيعطيك سلبه .

١٩٨٦٥ – فلو كان على ما قال المخالف لقال لا يبطل شرط رسول الله ﷺ .

١٩٨٦٦ – الجواب : أن الاحتجاج إن كان بقوله ﷺ من قتل قتيلًا فله سلبه فلا دلالة له .

لأنه يحتمل أن يكون ﷺ قال ذلك شرعًا ويحتمل أن يكون قاله شرطًا وهو يملك الأمرين فليس حمل اللفظ على أحدهما أولى من الآخر وهذا كقوله : ﷺ : « من ألقى سلاحه فهو آمن ومن تعلق بأستار الكعبة فهو آمن » [٦] .

١٩٨٦٧ – وكما روى عبادة بن الصامت [٧] أن النبي ﷺ « نفل في البداءة الربع وفي الرجعة الثلث » [٨] .

---

(١) بني أبي سلمة بفتح اللام بطن وبنوه من جهينة ومنهم مجد بن عمرو . انظر : سبائك الذهب في معرفة قبائل العرب ص ٩١ .

(٢) في (م) ، (ع) : [يحضر] .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٤) ساقطة من (ص) .

(٥) ساقطة من (ص) .

(٦) أخرجه مسلم بلفظ قريب في كتاب الجهاد باب فتح مكة (١٤٠٨/٣) ، والبيهقي في السنن الكبرى (١١٧/٩ – ١١٩) .

(٧) هو عبادة بن الصامت بن قيس بن أصرم بن فهر بن ثعلبة بن غنم بن عوف بن عمرو بن عوف بن الخزرج الإمام القدوة أبو الوليد الأنصاري أحد النقباء ليلة العقبة ومن أعيان البدريين سكن بيت المقدس حدث عنه أبو أمامة الباهلي ، وأنس بن مالك وأبو مسلم الخولاني وغيرهم . شهد العقبة الأولى وشهد المشاهد كلها مع رسول الله ﷺ . توفي سنة ٣٤ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٣٥٣/٣–٣٥٩) ، أسد الغابة (١٠٦/٣) .

(٨) انظر : تلخيص الحبير (٢٢٢/٣) ، برقم ١٤٧١ ، أحمد في المسند (٣١٩/٥) .

ولم يدل ذلك على بيان الشرع بل كان شرطًا يختص [1] بالحرب التي شرطها فيه خاصة .

لأن النبي ﷺ قال بعد الحرب من [قتل قتيلًا له عليه بينه فله سلبه] [2] وهذا يدل أن أبا قتادة لم يستحق بالشرط فلم يصح لأن النبي [ﷺ] [3] شرط ذلك في حال الحرب .

١٩٨٦٨ – يدل عليه حديث أنس أن النبي ﷺ قال يوم هوازن [4] : « من قتل مشركًا فله سلبه ، وقتل أبو طلحة يومئذ عشرين فأخذ أسلابهم فقال أبو قتادة يا رسول الله إني قتلت رجلًا على جبل العانق فاجهضت عليه وذكر الخبر » [5]

١٩٨٦٩ – وهذا يدل على أن شرط النبي ﷺ كان قبل قتل أبي طلحة [6] .

١٩٨٧٠ – ولأن الفاء للتعقيب فلما قال أن النبي ﷺ قال من قتل قتيلًا فله سلبه فقتل أبو طلحة عشرين رجلًا فدل أن القتل حصل بعد الشرط .

١٩٨٧١ – فأما قول أبي بكر لا تدع أسدًا من أسد الله يقاتل عن الله ولم يعلل ذلك بشرط النبي ﷺ فدل أن الشرط لا يستحق به وإنما يستحق بالقتل لأجل وجود الشرط فالشرط السلب والقتل العلة فلذلك [ذكر أبو بكر] [7] مخاطرته بنفسه ولم يذكر الشرط .

١٩٨٧٢ – احتجوا بما روى أنس بن مالك عن [8] النبي ﷺ أنه قال يوم حنين [9] : « من

---

(١) ساقطة من (ع) .

(٢) في (ص) : [من قتل قتيلًا بعد تفض الحرب له عليه بينة فله سلبه] .

(٣) في (م) ، (ع) : [عليه وسلم] .

(٤) هي غزوة هوازن وتسمى حنين وكانت بعد فتح مكة وخرج الرسول في جيش عداد اثني عشر ألف مقاتل وانتصر المسلمون بعد الهزيمة الأولى . وأنزل الله فيها قرآن ﴿ لَقَدْ نَصَرَكُمُ اللَّهُ فِي مَوَاطِنَ كَثِيرَةٍ وَيَوْمَ حُنَيْنٍ ﴾ (التوبة : من الآية٢٥) . انظر : البداية والنهاية (٣٣٩/٤-٣٥٥) .

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣٠٦/٦) ، أحمد في المسند (١١٤/٣ ، ١٦٠) .

(٦) هو : أبو طلحة الأنصاري سهل بن الأسود بن حرام بن عمرو بن زيد بن مناة بن عدي بن عمرو بن مالك بن النجار الخزرجي النجاري . روى عنه : ربيبه أنس مالك ، وزيد بن خالد الجهني وابن عباس وغيرهم وهو من الذين قال فيهم رسول الله ﷺ : صوت أبي طلحة في الجيش خير من مئة . قيل أنه غزا بحر الروم فتوفى في السفينة والأشهر أنه مات في المدينة وصلى عليه عثمان بن عفان سنة أربع وثلاثين ﷺ . انظر : سير أعلام النبلاء (٣٦٦/٣- ٣٧١) ، أسد الغابة (٢٨٩/٢) .

(٧) في (ع) : [أبو بكر ذكر] .

(٨) في (ع) : [أن] .

(٩) في (م) ، (ع) : [خيبر] .

قتل كافرًا فله سلبه فقتل أبو طلحة [١] يومئذ عشرين رجلًا وأخذ أسلابهم .

١٩٨٧٣ - والجواب : أن قوله ﷺ من قتل قتيلًا [فله سلبه] [٢] الشرط والشرع على ما قدمناه فلم يصح التعلق به .

١٩٨٧٤ - ولأن النبي ﷺ قال ذلك يوم حنين [٣] وقد تفرق المسلمون عنه والظاهر من هذه الحال تحريض المسلمين وتنفيلهم ليقدموا على القتال .

ولأن الاستحقاق لا يتعلق بالقتل باتفاق فليس لهم أن يتركوا الظاهر ويعلقوا الحكم بقتل على صفات من قاتل على صفات .

١٩٨٧٥ - وإن كان الظاهر لا يدل على ذلك الأولى أن يعلق الحكم بالقتل إذا شرط الإمام فتساوينا

١٩٨٧٦ - قالوا : مال يؤخذ من الغنيمة لا يفتقر تقديره إلى اجتهاد الإمام فلا يقف استحقاقه على شرط كسائر الغازين والراجل وعكسه النفل .

١٩٨٧٧ - قلنا : الوصف غير مسلم ؛ لأن تقدير ما يستحقه القاتل يقف على اجتهاد الإمام فإن رأى جعل للقاتل السلب كله وإن رأى جعل له نصفه فإن عنوا إلى السلب مقدر في نفسه بطل بمال المقتول إذا شرط للقاتل فإن تقدير ذلك لا يقف على الاجتهاد واستحقاقه يقف على شرطه .

١٩٨٧٨ - والمعنى في سهم الفارس والراجل إن كل واحد منهما لا يتعين في شيء من المغنم [٤] إلا بفعل الإمام كذلك لا يتعين حق القاتل في السلب إلا بشرط .

١٩٨٧٩ - ولأن [سهم الراجل] [٥] والفارس لما لم يقف على إذن الإمام استحقاقه قاتلًا أو لم يقاتلا غررًا أو لم يغررا فلما لم يستحق السلب بغير تغرير لم يستحق إلا بالشرط كالنفل .

١٩٨٨٠ - فإن قيل : سبب استحقاق السهم وحضور الوقعة وذلك موجود وإن اختلف الحال وسبب السلب التغرير بنفسه .

١٩٨٨١ - قلنا : لا نسلم هذا وإنما سبب الاستحقاق القتل مع شرط الإمام .

---

(١) ساقط من (ص) . (٢) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٣) في جميع النسخ [خيبر] وما أثبتناه هو الصواب .

(٤) في (م) ، (ع) : [غنم] . (٥) في (ع) : [الفارس والراجل] .

١٩٨٨٢ - فإن قيل : مغرر بنفسه أو غير مغرر يستحق .

١٩٨٨٣ - قالوا ذو السهم غرر بنفسه بقتل كافر ممتنع حال القتال فاستحق سلبه كما لو شرط الإمام .

١٩٨٨٤ - قلنا الأسباب التي تعلق بها استحقاق الغنم لا فرق فيها بين التغرير بالنفس وغير التغرير بدلالة سهم الفارس والراجل يستوي في استحقاقه المقاتل وغير المقاتل .

١٩٨٨٥ - ولأن الاستحقاق إذا تعلق بالتغرير استوى فيه من له سهم ومن لا سهم له ، لأن كل واحد منهما غرر بنفسه .

والمعنى في شرط الإمام أنه يجوز أن يستحق به مال المقتول فلم يجز استحقاق سلبه به .

١٩٨٨٦ - قالوا : الاستحقاق في الغنيمة بحسب العناء في الحرب بدلالة أن الفارس لما رأى عناء عن عناء الراجل استحق زيادة سهم ومن قتل رجلًا مبارزًا فعناه أعظم لأنه كفى المسلمين شره وفعل ما هو سبب هزيمتهم فلذلك استحق السلب .

١٩٨٨٧ - قلنا : إذا غرر بنفسه بصعود جبل أو قلعة / حتى ظهر المسلمون وألقى نفسه في البحر حتى أحرق مركبهم أو حمل على الصف ففرق جمعه وقد حصل منه عناء لم يحصل من غيره ولم يستحق بذلك زيادة على سهمه كذلك القاتل .

ولأن القتل لو استحق به لأنه غرر بنفسه جاز أن يستحق مال المقتول لهذاالمعنى ولكان [إذا غرر بنفسه وأسره واسترقه الإمام يكون أولى برقبته] [1] فلما لم ينفرد بالرقبة .

وإن غرر بنفسه في أخذهما [2] ذلك لا يستحق السلب وإن غرر بنفسه من قتل المسلوب .

* * *

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٢) في (ع) : [أخذها] .

مسألة ١٠٠٤

النفل قبل إحراز الغنائم

١٩٨٨٨ - قال أصحابنا : يجوز للإمام أن ينفل قبل إحراز الغنايم ولا يجوز [١] أن ينفل بعد إحرازها فإن قال : من أصاب شيئًا فهو له فأصاب رجل جارية فهي له ولا خمس فيها وإذا قال من حفظ هذه المطمر فله نصف ما فيها جاز [٢] .

١٩٨٨٩ - وقال الشافعي : إذا قال الإمام من أصاب شيئًا فهو له فقد أخطأ ومن أصاب شيئًا فهو لجماعة الغانمين وفيه الخمس [٣] .

١٩٨٩٠ - لنا : ما روي أن النبي ﷺ قال يوم بدر : « من أخذ شيئًا فهو له » [٤] .

١٩٨٩١ - ولا يقال إن الغنايم يوم بدر كانت لرسول الله ﷺ لأنا قد دللنا على بطلان هذا القول .

١٩٨٩٢ - فإن قيل : نسخ ذلك بقوله تعالى : ﴿ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ ﴾ [٥] وهذا يقتضي أن يكون أربعة أخماس الغنيمة للغانمين .

١٩٨٩٣ - قلنا : هذه الآية نزلت في غنايم بدر والنفل كان فيها فيجمع بينهما فكأنه قال ما غنمتم سوى النفل فلله خمسه .

١٩٨٩٤ - ويدل عليه ما روى سليمان بن مسعود عن مكحول [٦] عن زياد بن

---

(١) ساقطة من صلب [ص] واستدركت في الهامش .

(٢) يقول الإمام السرخسي : ويستحب للإمام أن ينفل قبل الإصابة بحسب ما يرى الصواب فيه للتحريض على القتال قال الله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِىُّ حَرِّضِ ٱلْمُؤْمِنِينَ عَلَى ٱلْقِتَالِ ﴾ ولأن النفل يعينه على البر وهو بذل النفس لابتغاء مرضاة الله تعالى فكان ذلك مستحبًا ولكن قبل الإصابة وأما بعد الإصابة لا يجوز النفل إلا على قول أهل الشام . انظر : المبسوط للسرخسي (٤٩/١٠ ، ٥٠) .

(٣) انظر : مغني المحتاج (١٤٦/٤ - ١٦٦) . (٤) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٤٦٩/٨) .

(٥) سورة الأنفال : الآية ٤١ .

(٦) هو : مكحول عالم من أهل الشام يكنى أبا عبد الله وقيل أيوب ، وقيل أبو مسلم الدمشقي الفقيه أرسل عن النبي ﷺ أحاديث وأرسل عن عدة من الصحابة لم يدركهم كأبي بن كعب وثوبان ، وعبادة بن الصامت وأبي هريرة ، وأبي ثعلبة الخشني وغيرهم . وروى أيضًا عن طائفة من قدماء التابعين ما أحسبه لغنيم كأبين مسلم الخولاني ومسروق ومالك بن موسى وحدث عنه عن : واثلة بن الأسقع ، وأبي أمامة الباهلي ، وأنس بن مالك وهو إمام أهل الشام تابعي ثقة . توفي سنة ١١٢هـ . انظر سير أعلام النبلاء (٥/٦ - ٨) .

جارية [١] عن حبيب بن مسلمة [٢] : « أن رسول الله ﷺ نفل في البداية الربع وفي رجعته الثلث » [٣] أن رسول الله ﷺ « كان ينفل في الغزو الربع بعد الخمس وينفل إذا قيل الثلث بعد الخمس » [٤] .

١٩٨٩٥ - ولأنه تحريض [٥] على القتال فجاز أن شرط في مقابلته نفل كالسلب .

١٩٨٩٦ - ولأن ما جاز أن يستحق به السلب جاز أن يستحق به بقية مال المقتول أصله الإرث في حق المقتول المسلم .

١٩٨٩٧ - ولأن من جاز أن يستحق السلب إذا قتل المسلوب جاز أن يستحق المسلوب إذا لم يقتله كجماعة العسكر .

١٩٨٩٨ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم مِّن شَيۡءٖ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ ﴾ [٦] فأضاف الغنيمة إلى جماعتهم وانتزع منهم الخمس للأصناف .

١٩٨٩٩ - قلنا : ما شرطه الإمام نفلًا فهو مضاف إلى المشروط له ولا نسلم إضافته إلى الجماعة ولا كونه غنيمة لهم فلا تتناوله الآية .

١٩٩٠٠ - قالوا : روى أبو بكر أن النبي ﷺ قال : « الغنيمة لمن شهد الواقعة » [٧] .

١٩٩٠١ - قلنا : هذا يقتضي ثبوت حق من حضر الواقعة في الغنيمة ولا يقتضي تساويهم بدلالة أنهم يتفاضلون باتفاق ومن نفل من جملة من حضر الوقعة وقد جعلنا النفل له .

ولأن الغنيمة ما اشترك الجماعة في أخذه وما اختص الواحد بتحصيله وقد شرط له

---

(١) هو زياد بن جارية التميمي الدمشقي يقال زيد ويقال يزيد والصواب زيادة وكانت داره بدمشق يقال إن له صحبة روى عن النبي ﷺ « من سأل وعنده ما يؤتيه يغنيه » عن حب بن سلمة روي عنه : عطية بن قيس ومكحول ويونس بن ميسرة بن حلبس خال أبو هاشم شيخ مجهول . انظر : تهذيب الكمال : (٤٣٩/٩ - ٤٤١) .

(٢) هو : حبيب بن مالك الأمير أبو عبد الرحمن وقيل : أبو سلمة القرشي الفهري له صحبة ورواية يسيرة ، حدث عنه : جنادة بن أبي أمية وزياد بن جارية وقزعة بن يحيى وابن أبي مليكة ومالك بن شرجيل وهو القائل : شهدت النبي ﷺ نفل الثلث . انظر : سير أعلام النبلاء (٣٣٥/٤) .

(٣) أخرجه الشافعي في الأم (١٥٢/٤) ، مصنف ابن أبي شيبة (٥١٩/٨) .

(٤) أخرجه الطحاوي في شرح معاني المعاني الآثار (٢٤١/٣) .

(٥) في (م) ، (ع) : [يحرض] .

(٦) سورة الأنفال : الآية ٤١ .

(٧) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه موقوفًا على عمر (٦٦٩/٧) . انظر : نصب الراية (٢٦٦/٣) ، تلخيص الحبير (٢٢٠/٣) برقم ١٤٥٦ .

فليس بغنيمة وإنما هو نفل فوجب أن يحمل على الاسم الذي هو أخص به .

١٩٩٠٢ - قالوا : من استحق جزءًا من الغنيمة بغير شرط الإمام لم يسقط شرط الإمام أصله إذا اشترط لغير الغانمين .

١٩٩٠٣ - قلنا : غير الغانمين لا ينفردون عنهم باستحقاق الأسلاب [فلم يستحقوا غير الأسلاب بالشرط والغانمين منهم من يستحق السلاب] [1] فجاز أن يستحق غير الأسلاب أيضًا على الوجه الذي استحق له الأسلاب .

١٩٩٠٤ - ولأن الشرط لغير الغانمين ضرر عليهم من غير نفع لهم ومتى شرط لبعضهم ففي شرطه منفعة لهم .

لأنه شرط ذلك في مقابلة عنائهم [2] وفعل تخفف به عنهم فلذلك جاز الشرط كما يجوز استحقاق السلب .

* * *

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [ساعهم] .

مسألة ١٠٠٥

فتح الأرض عنوة متروك فيه النظر للإمام في الأصلح للمسلمين

١٩٩٠٥ - قال أصحابنا : إذا فتح الإمام أرضًا عنوة نظر في الأصلح للمسلمين فإن كان الأصلح أن يقسمها قسمها بين الغانمين وإن رأى أن يقر أهلها على أملاكهم ويضع عليهم الخراج فعل ذلك [١] .

١٩٩٠٦ - وقال الشافعي : يقسمها ويخمسها ولا يجوز أن يقر أهلها عليها [٢] .

لنا : ما روى عبد الله بن عمرو بن العاص [٣] قال : « لما فتح عمرو بن العاص [٤] أرض مصر جمع من كان معه من أصحاب رسول الله ﷺ واستشارهم في قسمة أرضها بين من شهدها كما قسم بينهم غنايمهم وكما قسم رسول الله ﷺ أرض [٥] خيبر بين من [٦] شهدها أو يوقفها حتى يراجع في ذلك رأى [٧] أمير المؤمنين ، فقال نفر فيهم [٨] الزبير بن العوام [٩] : والله ما ذاك إليك ولا إلى عمر إنما هي أرض فتح الله علينا

---

(١) انظر : رد المحتار (١٧٨/٤ - ١٧٩) ، العناية (٣٣/٦) ، مختصر الطحاوي ص٢٨٥ .

(٢) جاء في نهاية المحتاج : ومحله في البناء دون الأرض لشمول الوقف لها وليس لنا بيده أشجار مثمرة في أرض السواد أخذ ثمارها بل يبيعها الإمام ويصرف أثمانها لمصالح المسلمين وله صرف نفسها بلا بيع لما مر أنها بأيديهم بالإجارة . انظر : نهاية المحتاج (٧٨/٨) ، مغني المحتاج (٩٩/٣) .

(٣) هو : عبد الله بن عمرو بن العاص بن وائل بن هاشم بن سعيد بن سعد بن سهم بن عمرو بن هصيص بن كعب بن لؤي بن غالب القرشي أبو محمد . أسلم قبل أبيه فيما بلغنا ويقال كان اسمه العاص فلما أسلم سماه النبي ﷺ عبد الله وكان غزير العلم مجتهدًا في العبادة له مناقب وفضائل ومقام راسخ في العلم والعمل حمل عن النبي ﷺ علمًا جمًّا

(٤) هو : عمرو بن العاص بن وائل الإمام أبو عبد الله ويقال أبو محمد السهمي داهية قريش ورجل العالم ومن يضرب به المثل في الفطنة والدهاء والحزم هاجر إلى رسول الله ﷺ مسلمًا في أوائل سنة ثمان مرافقًا لخالد بن الوليد وحاجب الكعبة عثمان بن عفان بن طلحة ففرح النبي بقدومهم وإسلامهم وأمر عمرًا على بعض الجيش وجهزه للغزو . حدث عنه : ابنه عبد الله ومولاه أبو قيس وأبو عثمان النهدي وآخرون . توفي سنة ٤٣ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٢٤١/٤-٢٥٦) .

(٥) ساقطة من (ص) ، (م) وما أثبتناه من (ع) .

(٦ ، ٧) ساقطة من (ص) .

(٨) في (ع) : منهم .

(٩) هو : الزبير بن العوام بن خويلد بن أسد بن عبد العزى بن قصي بن كلاب بن مرة بن كعب بن لؤي بن غالب حواري رسول الله ﷺ وبن عمته صفية بنت عبد المطلب ، وأحد العشرة المشهود لهم بالجنة ، وأحد =

وأوجفنا عليها خيلنا ورجالنا [١] وحوينا ما فيها [٢] فما قِسمتُها بأحق من قسمة أموالها ، وقال نفر منهم : لا نقسمها حتى نراجع أمير المؤمنين فاتفق رأيهم على أن يكتبوا إلى عمر في ذلك ويخبروه في كتابهم إليه مقالتهم » .

١٩٩٠٧ - فكتب [٣] إليهم عمر « بسم الله الرحمن الرحيم أما بعد فقد وصل إلي ما كان من إجماعكم على أن تغتصبوا عطايا المسلمين من غزو العدو من أهل الكفر وإن قسمتها بينكم لم يكن لمن بعدكم من المسلمين مادة يقوون بها على عدوكم ولولا ما أحمل عليه في سبيل الله أضع عن المسلمين مؤمنهم وأخرى على ضعفائهم وأهل الديوان منهم لقسمتها بينكم فأوقفوا فيئًا على من بقي من المسلمين حتى يتعوض آخر عصابة بعدد من المؤمنين والسلام عليكم » [٤]

١٩٩٠٨ - وافتتح عمر [ﷺ] [٥] « أرض السواد [٦] فطلب قسمته ....

= الستة أهل الشورى ، وأول من سل سيفه في سبيل الله وأبو عبد الله ﷺ أسلم وهو حدث له ست عشرة سنة . حدث عنه : بنوه عبد الله ومصعب وعروة وجعفر ومالك بن أوس بن الحدثان والأحنف بن قيس وعبد الله بن عامر ومسلم بن جندب وآخرون . توفي سنة ٣٦ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٣/٢٦-٤٣) .

(١ ، ٢) ساقطة من (ص) . ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٣) في (ع) : [وكتب] .

(٤) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٣/٢٥١) .

(٥) ساقطة من (ص) .

(٦) أرض السواد هي اسم العراق ، وقد ثبت أن الاسم عراق هو كلمة مستعارة من اللغة البهلوية من اللفظ (أيركك) بمعني : الأرض المنخفضة أو الأرض الجنوبية ، إلا أن « السواد » أو الأرض السوداء هو أقدم الأسماء العربية التي تطلق على الأرض الرسوبية على ضفاف نهري دجلة والفرات ، وقد أطلق عليها هذا الأسم لما يبدو للعين من تفاوت بينها وبين صحراء العرب . وحينما قام العرب بفتح (رستاق العراق وضياعها) في عهد الخليفة عمر بن الخطاب ﷺ ، سميت بذلك أيضًا لسوادها بالزروع والنخيل والأشجار ، وذلك لأنك إذا رأيت شيئًا من بعد قلت ما ذلك السواد ، وهم يسمون الأخضر سوادًا ، والسواد أخضر . وحَدُّ السواد يقع بين حديثة الموصل طولًا إلى عبادان ، ومن العذيب بالقادسية إلى حلوان عرضًا ، فيكون طوله مائة وستين فرسخًا . وقال الأصمعي : السواد سوادان : سواد البصرة (دستميسان والأهواز وفارس) ، وسواد الكوفة (كسكر إلى الزاب وحلوان إلى القادسية) . وقد مَرَّ هذا الأسم في استعماله بتصورات ثلاث :

١ - التقسيم السياسي للعراق بعد الفتح وهي : ولاية (سورستان) الساسانية (دل ايران شهر) نفسها ، وهذا هو ما استخدمه مصنفو الرسائل في الخراج (كأبي يوسف ، وابن قدامة ، والماوردي ، وابن خلدون) ، ويرجع ذلك إلى أن الاسم كان يستعمل رسميًا في النظم الخاصة بمساحة الأرض ، والخراج في عهد عمر بن الخطاب .

٢ - يطلق على المناطق المزروعة كإقليم سواد العراق وسواد خورستان وسواد الأردن . =

بلال (١) وعمار (٢) وأناس من المسلمين فحاجهم بكتاب الله ولم يقسمها ووضع الخراج على الرقاب وعلى الأرضين » (٣) .

١٩٩٠٩ - فدل ذلك على جواز ترك القسمة وقد دل على صحة قول (٤) عمر حديث أبي هريرة (٥) قال : « قال رسول الله ﷺ : منعت العراق قفيزها ودرهمها ، ومنعت الشام مدها (٦) ودينارها ، ومنعت مصر إردبها ودينارها وعدتم كما بدأتم شهد بذلك لحم أبي هريرة دمة فذم رسول الله ﷺ من منع هذه الحقوق في آخر الزمان وهي الخراج الذي وضعه عمر بن الخطاب » (٧) .

= ٣ - إذا سبق اسم مدينة كان معناه الحقول المزروعة على نطاق واسع في أرباضها ، والتي تروى ريًا منظمًا ، مثال ذلك سواد البصرة ، وسواد الكوفة ، وسواد واسط ، وسواد بغداد ، وسواد تستر وسواد بخارى ونحوها . انظر : لسان العرب مادة (أرض) ، دائرة المعارف الإسلامية طبعة مركز الشارقة للإبداع الفكري (٩٤١/١٩) ، معجم البلدان ياقوت الحموي طبعة دار صادر بيروت (٢٧٢/٣) وما بعدها ، مقدمة ابن خلدون ، طبعة دار الشعب القاهرة ، الخراج لأبي يوسف .

(١) هو : بلال بن رباح مولى أبي بكر الصديق وأمه حمامة وهو مؤذن رسول الله ﷺ من السابقين الأولين الذين عذبوا في الله شهد بدرًا وشهد له النبي ﷺ بالجنة . حدث عنه : ابن عمر وأبو عثمان النهري ، والأسود ، وعبد الرحمن بن أبي ليلى وجماعة . توفي سنة ٢٠هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٢١٦/٣- ٢٢٤) .

(٢) هو : عمار بن ياسر بن عامر بن مالك بن كنانة بن قيس بن الوديم وقيل ابن قيس والوديم حصن . الإمام أحد السابقين الأولين والأعيان البدريين وأمه هي سمية مولاة بني مخزوم من كبار الصحابيات وأول شهيدة في الإسلام . روى عنه : علي ، وأبي عباس وأبو موسى الأشعري وأبو إمامة الباهلي وغيرهم . توفي سنة ٣٧ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٢٥٣/٣-٢٦٨) .

(٣) انظر : أحكام القرآن للجصاص (٦٤٤/٣) . (٤) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٥) هو : عبد الرحمن بن صخر الإمام المجتهد الحافظ صاحب رسول الله ﷺ وأبو هريرة الدوسي اليماني سيد الحفاظ الأثبات . اختلف في اسمه فقيل عبد الرحمن بن صخر وقيل ابن غنم ، وقيل عبد شمس وعبد الله وقيل سكين وقيل عامر ويقال كان في الجاهلية اسمه : عبد شمس أبو الأسود فسماه رسول الله ﷺ عبد الله وكناه أبو هريرة . حدث عنه خلق كثير من الصحابة والتابعين . توفي سنة ٥٧٠ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (١٧٥/٤-٢٠٦) .

(٦) المد : كيل وهو مقدار ملء اليدين المتوسطين من غير قبضهما . مقدار المد عند الحنفية : المد ورطلان بالعراق ، وعند الجمهور المد يساوي رطل وثلث بالعراق . فالمد عندهم : (٣٨٢ . ٥ ، ١ . ٣٣٣ = ٥١٠ جرام . انظر : المكاييل والموازين الشرعية د/ علي جمعة .

(٧) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (١٢١/٢) ، وأبو داود في كتاب الخراج باب إيقاف أرض السواد وأرض العنوة (١٦٦/٣) برقم ٣٠٣٥ .

١٩٩١٠ - فدل [ذلك على] [١] تصويبه وإن ما فعله حكم الله تعالى الذي يذم من عدل عنه ويمدح من فعله وهذا إجماع ظاهر وأمر مشهور يعرفه [٢] عامة الناس ولا يشكل على أحد من أهل السير [٣] .

١٩٩١١ - فإن قيل : قد خالف عمر على ذلك الزبير وعمار وبلال .

١٩٩١٢ - وقولهم : شهد له الكتاب بذلك [٤] .

١٩٩١٣ - قلنا : عمر احتج عليهم بالقرآن فلم يردوا [٥] حجته ولم يقابلوا دليله فالظاهر أنهم سلموا له .

١٩٩١٤ - لأن المجتهد إذا قال قولًا يدفع بحجة عنده أولى ذكر حجته ولم يسكت عنها .

١٩٩١٥ - فإن قيل : « قد قسم عمر بن الخطاب السواد وأصاب بخيله ربعه فأخذوه سنين ثم ارتجعه منهم وعوضهم عليه [٦] فأعطى جريرًا [٧] ثمانين دينارًا وطلب أن يحرر جوانبها فعوضها » [٨] .

١٩٩١٦ - قلنا : نحن لا ننكر القسمة فإن قسمة عمر لم تقدح في قولنا وإن ترك القسمة قدح ذلك في قول مخالفنا فلا معنى للاحتجاج بهذه الرواية ولم ينقل أحد أنه قسم مصر ولا شيئًا منها فأما قسمة السواد وتعلق مخالفنا به فهو غلط عظيم لو تأملوه لعلموا أنه الحجة عليهم .

١٩٩١٧ - وذلك لأن أبا عبيدة بن مسعود الثقفي [٩] « لما قتل نفس [١٠] الناطف فأصيب مع المسلمين بوقف عمر عن إغراء فارس وجبن المسلمون عنها فقال جرير أنا أسير إليها في بجيلة ، فقال عمر سر ولكم ربع الغنيمة وكان ذلك على طريق النفل مع

---

(١) في (م) ، (ع) : [على ذلك على] . (٢) في (ع) [ع] ، وفي (م) : [يعرف] .
(٣) في (م) ، (ع) : [السيرة] . (٤) ساقطة من (ص) ، (م) .
(٥) في (ص) ، (م) : [يرضا] . (٦) في (م) ، (ع) : [عليهم] .
(٧) هو : جرير بن عبد الله بن جابر بن مالك بن قصر بن ثعلبة بن حشم بن عوف الأمير النبيل الجميل أبو عمرو . حدث عنه : أنس وقيس بن أبي حازم ، وأبو وائل والشعبي وهمام بن الحارث وأولاده الأربعة : المنذر ، وعبد الله ، وإبراهيم لم يدركه وأيوب وشهر بن حوشب وجماعة . بايع النبي ﷺ على النصح لكل مسلم . توفي سنة ٥١ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٤/١٤١ : ١٤٦) .
(٨) رواه الشافعي في الأم (٤/٢٩٨ - ٢٩٩) ، شرح معاني الآثار (٣/٢٥٠) .
(٩) في (م) ، (ع) : [السفر] .
(١٠) في (ع) : [نفر] .

حقوقهم وكانت بجيله ألف فلما تلاحق المسلمون وكبر العسكر لم يحمله عند الفتح ربع الخمس فأمضى لهم على طريق النفل » [(١)] .

١٩٩١٨ - قال أبو زيد عمر بن شبية [(٢)] في كتاب الكوفة فأخذ بجيلة ربع الخراج سنين ثم ارتجعه عمر وقال لولا أني قاسم مسئول لكنتم على ما قسمت فقد أخبر أبو زيد أنهم أخذوا ربع الخراج وهذا لا دليل فيه لهم [(٣)] .

١٩٩١٩ - لأن الخلاف في أخذ الأرضين ملكًا لم ينقل أحد من أهل السبر أن ثلاثة أرباع الأرض وخراجها أخذه باقي العسكر بل جعل في الديوان فدل [ذلك على] [(٤)] جواز ترك القسمة .

١٩٩٢٠ - ولأن عمر إنما ارتجعها ليجعلها على خلاف ما كانت عليه فلو كانت نحلته ملكًا وارتجعها ملكًا لم يكن للارتجاع معنى .

١٩٩٢١ - فإن قيل : عمر وضع الخراج أجرة للأرضين أوعيانًا [(٥)] فأما خراجًا على الأملاك فلا .

١٩٩٢٢ - قلنا : هذا لا يصح لما روى عمر عن عمر بن ميمون [(٦)] قال : « رأيت عمر بن الخطاب قبل أن يصاب بأيام وقف على حذيفة [(٧)] وعثمان بن

---

(١) ذكر هذه القصة محمد بن حبان في كتاب الثقات (٢٠٤/٤) ، تاريخ الطبري (٣٦٧/٢ ، ٣٧٤) .

(٢) هو : عمر بن شبية بن عبدة بن زيد بن رائطة العلامة الأخباري الحافظ الحجة صاحب التصانيف أبو زيد التميري البصري التموي نزيل بغداد ولد سنة ثلاث وسبعين ومائة سمع من : يحيى بن سعيد القطان ، ويوسف ابن عطية وعمر بن علي المقدمي وعبد الوهاب الثقفي وخلق كثير . حدث عنه : ابن ماجه بحديثين وابن أبي الدنيا وابن صاعد وأبو العباس السراج وأبو نعيم بن عدي ومحمد بن أحمد الأثرم وغيرهم . وثقه الدارقطني وغير واحد . صنف تاريخًا كبيرًا للبصرة لم نره ، وكتابًا في أخبار المدينة وكتاب أخبار الكوفة وأخبار مكة وكتاب الأحراء وكتاب الشعر والشعراء . توفي سنة ٢٦٢هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٢٦٣/١٠ ، ٢٦٤) .

(٣) ساقط من (ص) .

(٤) في (م) ، (ع) : [على ذلك على] .

(٥) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٦) هو : عمرو بن ميمون الأودي المذحجي الكوفي الإمام الحجة أبو عبد الله . أدرك الجاهلية وأسلم في الأيام النبوية وقدم الشام مع معاذ بن جبل ثم سكن الكوفة حدث عن : عمر وعلي وابن مسعود ومعاذ وأبي هريرة وأبي أيوب الأنصاري وطائفة . روى عنه : الشعبي وأبو إسحاق وحصين بن عبد الرحمن وعبدة بن أبي حمار . توفي سنة خمس وسبعين وقيل سنة ست وسبعين . انظر : سير أعلام النبلاء (١٧٣/٥ - ١٧٤) .

(٧) هو : حذيفة بن اليمان من نجباء أصحاب محمد ﷺ وهو صاحب السر حليف الأنصار من أعيان المهاجرين حدث عنه : أبو وائل وزر بن حبيش وزيد بن وهب وربعي بن خراش وغيرهم . وكان والده قد =

حنيف [١] فقال كيف فعلتما قال أن تكونا حملتها الأرض مالًا تطيق قالا لا . قال حذيفة لو أضعفت عليها لحملت ، وقال عثمان قد حملتما أمرًا هي له مطيقة وما فيها كبير فضل » [٢] .

١٩٩٢٣ - فلو كانت الأرضين للمسلمين وقد باعها عمر أو أجرها لم يكن عليه خوف إن زاد من ذلك [على ما] [٣] تطيق فلما سأل عمر عن ذلك دل على [٤] أن الأرضين للكفار وإن عمر كره أن يحملهم ما لا يطيقون كما يكره أن يحملهم من الجزية ما لا طاقة لهم به [٥] .

١٩٩٢٤ - وقد روي عن علي [٦] بن أبي طالب « ما يعضد فعل عمر ، روى حبيب بن أبي ثابت [٧] عن ثعلبة بن زيد عن علي قال لولا أن يضرب بعضكم وجوه بعض لقسمت هذا السواد بينكم » [٨] .

١٩٩٢٥ - فدل هذا على أنه لم يقسم وإذا قسم مرة لم يقسم ثانية على أنه لم يؤاجر ولم يبع / إذ لو كان كذلك لم تجز قسمته فبان بذلك أن السواد كان على صفة الأصلح فيه للمسلمين تركه على حاله .

١٩٩٢٦ - ولأن الغنيمة تشتمل على عقار وغيره ثم كان في أحد النوعين ما يجوز ترك قسمته وهو الرقاب كذلك الأرضين مثله .

١٩٩٢٧ - ولأنه مغنوم يمكن وضع الخراج عليه فجاز إقراره بالخراج على ما كان

= أصاب دمًا في قومه فهرب إلى المدينة وحالف ابن عبد الأشهل آخى رسول الله ﷺ بينه وبين عمار بن ياسر وولي المدائن على عهد عمر بن الخطاب . توفي سنة ٣٥ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٣٠/٤ - ٣٥) .

(١) هو : عثمان بن حنيف بن واهب بن حكيم بن ثعلبة بن الحارث بن مجدعة بن عمرو بن حنيش بن عوف ابن عمرو بن عوف الأنصاري الأوس الغبائي . أخو سهل بن حنيف ووالد عبد الله وحارثة ، والبراء ومحمد وعبد الله وأم سهل من جلة الأنصار . توفي في خلافة معاوية وله عقب . انظر : سير أعلام النبلاء (٤١٣/٤) .

(٢) انظر : مصنف ابن أبي شيبة (٥٩٣/٧) . (٣) ساقطة من (ص) .

(٤) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٥) ساقطة من (م) ، (ع) . (٦) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٧) هو : حبيب بن أبي ثابت الإمام الحافظ فقيه الكوفة أبو يحيى القرشي الأسدي مولاهم قيس بن دينار قيل : قيس بن هند ويقال : هند . حدث عنه : ابن عمرو وأبي عباس وأم سلمة وأنس بن مالك وزيد بن أرقم . روى عنه : عطاء بن أبي رباح وهو من شيوخه وحصين ومنصور والأعمش . مات سنة تسع عشرة ومائة وقال أبي سعد مات سنة اثنتين وعشرين ومائة . انظر : سير أعلام النبلاء (٦/٣-١-٦-١) .

(٨) انظر : أحكام القرآن للجصاص (٢٤٦/٣) ، السنن الكبرى للبيهقي (١٣٥/٩) .

عليه أصله الرقاب .

١٩٩٢٨ - ولأن ما جاز لإمام فعله في الرقاب جاز له فعله في [(١)] غير الرقاب أصله القسمة .

١٩٩٢٩ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ ﴾ [(٢)] فأضاف الغنيمة للغانمين وجعل خمسها للأصناف فالظاهر أن الخمس لا يجوز إسقاطه وأن ما سوى الخمس للغانمين كقوله ﴿ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ ﴾ [(٣)] اقتضى أن الباقي للأب .

١٩٩٣٠ - والجواب : أن هذه الآية [لا تقتضي] [(٤)] غنيمة ماضية .

١٩٩٣١ - قالوا : روي أن النبي ﷺ قال : « الغنيمة لمن حضر الوقعة » [(٥)]

١٩٩٣٢ - قلنا : هذا خبر واحد والإجماع مقدم عليه [(٦)] .

١٩٩٣٣ - ولأن الإسلام يفيد الإضافة وهي عندنا حق معلوم لهم ولجماعة المسلمين وفائدة التخصيص أنه يجوز أن ينفردوا بها ولا يجوز لغيرهم أن ينفرد بها .

١٩٩٣٤ - قالوا : روي أن النبي ﷺ « قسم خيبر على ثمانية عشر سهمًا » [(٧)]

١٩٩٣٥ - قلنا : القسمة لا دلالة فيها ؛ لأنها جائزة عندنا وترك القسمة دلالة على مخالفنا لأنه لا يجوز ذلك على أن [(٨)] النبي ﷺ « قسم خيبر ستة وثلاثين سهمًا ثمانية عشر سهمًا بين المسلمين وترك ثمانية عشر لمواليه ونفقات زوجاته » [(٩)] فجمع فيها بين القسمة وترك القسمة لتنبيه على جواز الأمرين .

١٩٩٣٦ - فإن قيل : ما فعله بيان الآية فيدل على الوجوب .

١٩٩٣٧ - قلنا : الآية لم تتناول المستقبل من الغنايم وإنما تناولت غنيمة بدر خاصة ؛ لأنها بلفظ الماضي .

١٩٩٣٨ - قالوا : مال مغنوم فلم يكن للإمام أن يقره على المغنومين أصله ما ينقل ويحول .

---

(١) في (م) ، (ع) : [من] .
(٢) سورة الأنفال : الآية ٤١ .
(٣) سورة النساء : الآية ١١ .
(٤) في (م) ، (ع) : [تتناول] .
(٥) سبق تخريجه .
(٦) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٧) رواه أبو داود في سننه كتاب الجهاد باب فيمن أسهم له سهمًا (٧٦/٣) برقم ٢٧٣٦ ، أحمد في المسند (٤٢٠/٣) .
(٨) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .
(٩) رواه البيهقي في السنن الكبرى (٣١٧/٣) ، نصب الراية (٢٥١/٤) .

١٩٩٣٩ - قلنا : الأصل غير مسلم ؛ لأن الإمام إذا رأى أن يقرهم على أملاكهم ولم يستغلوا بعمارتها بأموالهم أقرهم على الأموال وإن كانت منقولة .

١٩٩٤٠ - قالوا : مال أخذ من المشركين بغرض مباح لا يختص به بعضهم فوجب قسمته فائدته تعود إلى المسلمين فلم يجز إسقاط حق الغانمين غنيمة وأما أراضي السواد فقد ترك قسمتها مصلحة للمسلمين لاستحقاقهم بخراجها فجرى مجرى الرقاب .

١٩٩٤١ - قالوا : كل سبب يستحق به قسمة ما ينقل ويحول وجب أن يستحق به قسمة مالا ينقل ولا يحول كالميراث .

١٩٩٤٢ - قلنا : الميراث لا يستحق القسمة وإنما يستحق بالاشتراك بالملك .

١٩٩٤٣ - وفي مسألتنا أن أقرهم الإمام على غنايمهم حصلت الشركة فوجبت القسمة وإن رأى أن يقر الكفار على أرضهم لم تحصل الشركة فلم تجب القسمة وكذلك الميراث الحاكم ثبت به الشركة لم يستحق به القسمة كما لو كان الوارث واحدًا وهذا كما نقول جميعًا في الرقاب إن رأى الإمام أن يسترقهم قسمهم لثبوت الشركة فيهم وإن رأى أن يجعلهم أحرارًا لم تثبت الشركة ولم تجب الغنيمة .

* * *

المفاداة بالأسرى لا بالمال

١٩٩٤٤ - قال أبو حنيفة : لا تجوز المفاداة بالأسرى ولا بالمال ولا يجوز المن (١) .

١٩٩٤٥ - وقال الشافعي : إذا رأى الإمام المصلحة في المن والمفاداة جاز (٢) .

١٩٩٤٦ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ وَخُذُوهُمْ وَٱحْصُرُوهُمْ وَٱقْعُدُوا۟ لَهُمْ كُلَّ مَرْصَدٍ ۚ فَإِن تَابُوا۟ وَأَقَامُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتَوُا۟ ٱلزَّكَوٰةَ فَخَلُّوا۟ سَبِيلَهُمْ ۚ ﴾ (٣) فأمر بقتلهم وأخذهم وجعل الغاية التي يتعلق بها عليهم التوبة وما قبل الغاية يخالف ما بعدها .

١٩٩٤٧ - يدل (٤) عليه قوله تعالى : ﴿ وَقَٰتِلُوهُمْ حَتَّىٰ لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ ٱلدِّينُ لِلَّهِ ۖ ﴾ (٥) قيل إن المراد حتى لا يكون كفر فتجب مقاتلتهم حتى توجد الغاية وهي (٦) زوال الكفر فإن قيل أمر الله تعالى بقتل من لم يقدر على أخذه وبأخذ من قدرنا على أخذه ولم يبين ما نصنع بالمأخوذين وذكر ذلك في آية المن والفداء .

١٩٩٤٨ - قلنا : قد بين ما نصنعه (٧) بالمأخوذين فهو (٨) أنا لا نخليهم بعد الأخذ

---

(١) قال الإمام السرخسي : أنه لا يجوز مفاداة الأسير بالمال كما هو المذهب عندنا بخلاف ما يقوله الشافعي رحمه الله وقد صح أن النبي ﷺ فادى الأسرى يوم بدر وكان الفداء أربعة آلاف إلا أنه انتسخ ذلك بنزول قوله تعالى : ﴿ مَا كَانَ لِنَبِيٍّ أَن يَكُونَ لَهُۥٓ أَسْرَىٰ ﴾ إلى قوله : ﴿ لَّوْلَا كِتَٰبٌ مِّنَ ٱللَّهِ سَبَقَ لَمَسَّكُمْ فِيمَآ أَخَذْتُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾ وقد كان أبو بكر أشار عليه بالفداء وعمر أشار بالقتل إلا أن رسول الله مال إلى قول أبي بكر لحاجة الصحابة ﷺ إلى المال في ذلك الوقت وإليه اشار رسول الله ﷺ في قوله : « لو نزل من السماء عذاب ما نجي من ذلك إلا عمر » فلهذا بالغ أبو بكر في النهي عن المفاداة بقوله : « ولو أعطيتم بهما مدين من ذهب » ففيه دليل على أن الأسير يقتل إن لم يسلم . انظر : المبسوط (٢٤/١٠ ، ٢٥) ، تحفة الفقهاء (٥١٩/٣) .

(٢) جاء في نهاية المحتاج : ومن قتل أسيرًا غير كامل عليه قيمته أو كاملًا أن يتخير فيه الإمام شيئًا عذر فقط ولو أسلم أسير كامل أو بذل الجزية قبل اختيار الإمام فيه شيء عصم دمه للخبر الآتي ولم يذكر هنا ماله لأنه لا يعصمه إلا إذا اختار الإمام رقه ولا صغار ولده للعلم بإسلامهم تبعًا له . وأما قوله ﷺ : « فإن قالوها عصموا دماءهم وأموالهم » محمول على ما قبل الأسر بدليل قوله ﷺ : « إلا بحقها » ومن حقها أن مال المقدور عليه بعد السر غنيمة . انظر : الأم (٢٧٦/٤) ، نهاية المحتاج (٦٩/٨ - ٧١) .

(٣) سورة التوبة : الآية ٥ .

(٤) في (م) ، (ع) : [فيدل] .

(٥) سورة البقرة : الآية ١٩٣ .

(٦) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [يصنع] .

(٨) في (م) ، (ع) : [وهو] .

حتى يتوبوا فمن زعم أن تخليتهم تجوز [١] قبل التوبة فقد خالف النص ولأن الأسرى يجوز تبقيتهم في دارنا على التأبيد فلم يجز ردهم إلى دار الحرب كالمسلمين وأهل الذمة .

١٩٩٤٩ - قالوا الذمي إذا نقض عهده جاز رده إلى عهده قد استحق السكنى في دارنا بعوض فلم يجز إخراجه منها .

١٩٩٥٠ - قلنا يبطل بالذمي إذا صار عينًا لأهل الحرب يدلهم على عورات المسلمين جاز إخراجه وإن كان يؤدي الجزية .

١٩٩٥١ - ولأن من وجب قتله بكفره فلم يفادى كالمرتد ، وهذه العلة في الاستبراء إذا كان من عبدة الأوثان من العرب ؛ لأنهم لا يسترقون ولا معونة لهم بما يختص فصار كرد السلاح إليهم .

١٩٩٥٢ - ولأن السلاح لا يقاتل بنفسه والرجل يقاتل بنفسه فإن لم يجز رد السلاح فلأن لا يجوز رد الرجال أولى .

١٩٩٥٣ - فإن قيل : السلاح لا يصلح إلا للقتال والرجل قد يقاتل وقد لا يقاتل .

١٩٩٥٤ - قلنا : إنما يجوز رد الرجال إذا غلب على ظنه أنه لا يقاتل . فإن قيل فجوزوا رد الشيوخ والزمني الذين لا يقاتلون .

١٩٩٥٥ - قلنا : أولئك قد يستعان برأيهم في الحرب وقد يقفون على عورات المسلمين ويجوزوا في دارهم فيدلوا لأهل الحرب عليها .

١٩٩٥٦ - ولأن مفاداة الوثني إقرار له على كفره بعوض فلا يجوز كالجزية .

١٩٩٥٧ - ولأن الرقاب مال مغنوم لا يجوز أن يمن على أهل الحرب به أصله سائر الأموال .

١٩٩٥٨ - فإن قيل : الأموال لا يجوز إسقاط حق الغانمين عنها بالإتلاف فلم يجز أن يسقط حقهم عنها بالمن والأسرى سقط حق الغانمين عنهم بالقتل فجاز أن يسقط بالمن .

١٩٩٥٩ - قلنا : النساء والصبيان لا يجوز إتلافهم كما لا يجوز إتلاف الأموال وإن جاز أن يمن عليهم ويردهم إلى أهل الحرب عندهم [٢] .

١٩٩٦٠ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَآءً ﴾ [٣] .

---

(١) ساقطة من (ص) .

(٢) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٣) سورة محمد : الآية (٤) .

١٩٩٦١ - قلنا : قال حتى تضع الحرب أوزارها فلا يخلو أن يكون المراد به جنس الحرب وذلك لا يكون إلى قيام الساعة .

١٩٩٦٢ - فلم يبق إلا أن يكون المراد التعريف وتلك الحرب المعْرفة وقد وضعت أوزارها فسقط الحكم بوجود الغاية وقد روي أن هذه الآية منسوخة بقوله تعالى : ﴿ فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ ﴾ [1] .

١٩٩٦٣ - وروي ذلك عن السُّدي وابن جريج وسورة براءة نزلت بعد سورة محمد [2] فقد [3] ذكر الله فيها السيف وذكر فيها قوله تعالى : ﴿ قَٰتِلُوا۟ ٱلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ ﴾ [4] إلى قوله ﴿ يُعْطُوا۟ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَٰغِرُونَ ﴾ [5] فأمر بقتالهم وجعل غاية ذلك إلى [6] إعطاء الجزية [7] .

١٩٩٦٤ - فإن قيل : روي عن ابن عباس أنه قال آية السيف نزلت يوم بدر وبالمسلمين قلة فلما كثر المسلمون واشتدت شوكتهم نزل المن والفداء [8] .

١٩٩٦٥ - قلنا : قوله تعالى : ﴿ فَإِذَا ٱنسَلَخَ ٱلْأَشْهُرُ ٱلْحُرُمُ فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ ﴾ [9] هذا كان في سنة تسع وكيف يقال أنها نزلت في أمر بدر .

١٩٩٦٦ - قالوا : روي إن الحجاج أخذ أسيرًا من الكفار فقتله [10] فقال ابن عمر ما أمر الله بهذا قال الله تعالى : ﴿ فَإِمَّا مَنًّۢا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَآءً ﴾ [11] .

١٩٩٦٧ - وهذا يدل على أن الآية عنده محكمة .

قلنا من نقل النسخ عرف حقيقة الأمر ومن اعتقد أن الأية محكمة لم يعرف حدوث النسخ فلا يتعارض فعل المثبت والنافى .

فإن قيل النسخ بين الآيتين فإذا تنافيا ويمكن الجمع بين الاثنين فيكون قوله اقتلوا المشركين إذا لم يغلب على الظن أن المصلحة في مفاداتهم والمن عليهم وقوله تعالى

---

(١) سورة التوبة : الآية (٥) .

(٢) أحكام القرآن للجصاص (٥٨٥/٣) .

(٣) في (م) ، (ع) : [وقد] .

(٤ ، ٥) سورة التوبة : الآية ٢٩ .

(٦) ساقطة من (ص) ، (م) وأثبتناها من ع .

(٧) راجع : أحكام القرآن لابن العربي (١١٠/٤) دار الكتب العلمية ، أحكام القرآن للجصاص (٥٨٥/٣) دار الفكر .

(٨) انظر : تفسير ابن كثير (٣٣٨/٢) دار الفكر .

(٩) سورة التوبة : الآية ٥ .

(١٠) مصنف ابن أبي شيبة (٦٧٥/٧) دار الفكر .

(١١) سورة محمد : الآية ٤ .

﴿فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَآءً حَتَّىٰ تَضَعَ ٱلْحَرْبُ أَوْزَارَهَا﴾ إذا غلب على الظن أن المصلحة في ذلك .

١٩٩٦٨ - قلنا : هذا الاستعمال يصح إذا رجعنا في النسخ إلى مجرد التاريخ وأ ا إذا نقلنا أنها متوجهة لم تصح مقابلة الفعل بإمكان التخصيص .

١٩٩٦٩ - ولأن تخصيص الجهاد في الأصل لم يكن واجبًا في جواب المن والمفاداة إسقاط الجهاد في هذا القتل فينبغي على الأصل وقد دلت الدلالة على وجوب الجهاد وورد الوعيد في تركه فكل شيء أدى إلى إسقاطه مطرح التخصيص وهذه الآية تقتضي إسقاط الجهاد بمن نفاديه أو نمن عليه فلم يصح تخصيص الآية لما ذكرنا .

١٩٩٧٠ - قالوا : روي عن جبير بن مطعم [١] أن النبي ﷺ قال في أو أسارى بدر لو كان مطعم بن عدي حيًا وكلمني في هؤلاء لأطلقتهم له [٢] .

١٩٩٧١ - وهذا يدل أن الشرع يقتضي المن وروى أبو هريرة قال بعث رسول الله ﷺ سرية قبل نجد فجاءت برجل من بني حنيفة يقال له ثمامة بن أُثال الحنفي سيد أهل اليمامة فربطوه بسارية من سواري المسجد فخرج إليه رسول الله ﷺ فقال ماذا عندك يا ثمامة فقال عندي يا محمد إن تقتل تقتل خادم وإن تنعم تنعم على شاكر وإن أردت المال سل ما شئت فلما كان في اليوم الثالث قال النبي ﷺ اطلقوا ثمامة فأطلقوه [٣] ثم فاغتسل ثم دخل المسجد فقال أشهد أن لا إله إلا الله / وأشهد أن محمدًا عبده ورسوله ٢٢٥/أ وكتب إلى قومه فأتوه مسلمين [٤] .

١٩٩٧٢ - ومنّ رسول الله ﷺ على أبي عزة الجمحي يوم بدر [٥] وروى عمران بن

---

(١) هو : عمران بن حصين بن عبيد بن خلف القدوة الإمام صاحب رسول الله ﷺ أبو نجيد الخزاعي أسلم هو وأبو هريرة في سنة سبع وله عدة أحاديث ولي قضاء البصرة وكان عمر بعثه إلى أهل البصرة ليفقههم فكان الحسن يحلف ما قدم عليهم البصرة خير من عمران بن الحصين . حدث عنه : معروف بن عبد الله بن الشخير ، وأبو رجا العطاردي وزهدم الجرحي وغيرهم توفي سنة ٥٢ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (١٢٦/٤-١٢٩) ، أسد الغابة (٢٨١/٤) .

(٢) البخاري في كتاب الخمس باب ما من النبي على الأسارى من غير أن يخمس (١٤٣/٣) برقم (٢٩٧٠) .

(٣) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٤) البخاري في كتاب الصلاة باب دخول المشرك المسجد (١٧٩/١) برقم (٤٥٠ ، ٤٥٧) ، مسلم في كتاب الجهاد باب ربط الأسير وحبسه (١٣٨٦/٣) ، برقم (١٧٦) .

(٥) البيهقي في السنن الكبرى (٣٢٠/٦) ، الأم (٣٧٩/٨) ، نصب الراية (٣٩٨/٣-٤٠٦) .

الحصين (١) أن النبي ﷺ فادى رجلًا برجلين (٢) وفادى النبي ﷺ أهل بدر بالمال (٣) .

١٩٩٧٣ - والجواب : أن المفاداة تجوز أن تكون في الوقت الذي كان يجوز رد المسلمين إليهم وقد صالح ﷺ سهيل بن عمرو (٤) على أن من جاءه من قريش مسلمًا رده إليهم فرد النبي ﷺ أبا جندل (٥) بن سهيل بن عمرو ورد أبا بصير فقد جاء كل واحد منهما مسلمًا وإذا جاز رد المسلمين فرد الكافرين أجوز ثم نسخ الله ذلك فلا يجوز رد المسلمين إليهم وكذلك من أهل دار الإسلام لا يجوز رده وإذا احتملت الأخبار المروية ما ذكرنا سقط الاحتجاج بها إلا أن يثبت أنه ﷺ فادى بعد النسخ .

١٩٩٧٤ - يبين ذلك ما روى عمران بن الحصين [قال : أسرت ثقيف رجلين من أصحاب رسول الله ﷺ ، وأسر أصحاب رسول الله ﷺ رجلًا] (٦) من بني عامر بن صعصعة (٧) فمر به النبي ﷺ وهو موثق فقال على ما احتبس قال برجلين به حلفائك ثم مضى رسول الله ﷺ فقال له الأسير إني مسلم فقال لو قلتها وأنت تملك أمرك

(١) هو : جبير بن مطعم بن عدي بن نوفل بن عبد مناف بن قصي شيخ قريش في زمانه وأبو محمد ابن عم رسول الله ﷺ . من الطلقاء الذين حسن إسلامهم وقد قدم إلى المدينة في فداء الأسارى من قومه وكان موصوفًا بالحلم وقيل الرأي كأبيه . وكان أبوه هو الذي قام في نقض صحيفة القطيعة . توفي سنة ٥٩ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٢٦٧/٤ - ٢٦٩) .

(٢) أخرجه الدارمي في سننه كتاب السير باب في فداء الأساري (٢٩٥/٢) برقم (٢٤٦٦) ، وأخرجه الإمام مسلم في كتاب النذر باب وفاء النذور في معصية الله (١٢٦٢/٣) برقم (١٦٤١) ، والشافعي في الأم (٣٧٩/٨) .

(٣) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٣٥٢/٥) ط المكتب الإسلامي برقم (٩٧٢٨) .

(٤) هو : سهيل بن عمرو أبو حما يكنى أبا يزيد وكان خطيب قريش وأفصحهم ومن أشرافهم لما أقبل في شأن الصلح قال النبي ﷺ « سهل أمركم » تأخر إسلامه إلى يوم الفتح ثم حسن إسلامه وكان قد أسر يوم بدر وتخلص قام بمكة وحض على النفير . وكان سمرًا جوادًا . مفوهًا . وقد قام بمكة خطيبًا بعد وفاة رسول الله ﷺ . حدث عنه : يزيد بن عمير الزبيدي وقال غيره . توفي سنة ١٢ هـ انظر : سير أعلام النبلاء (١٢٢/٣ - ١٢٣) ، أسد الغابة (٤٨٠/٢) .

(٥) أبو جندل واسمه العاص بن سهيل بن عمرو بن عبد شمس بن ود بن نضر حسل بن عامر بن لؤي بن غالب بن فهر العامري القرشي كان من خيار العما به وقد أسلم وحبسه أبوه وقيده فلما كان يوم صلح الحديبية هرب حجل في قيوده وأبوه حاضر بين يدي رسول الله ﷺ . توفي شهيدًا في طاعون عمواس بالأردن سنة ثماني عشرة من الهجرة . انظر : سير أعلام النبلاء (١٢١/٣) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م ، ع) وصلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٧) هم : بطن من المتنفق من عامر بن صعصعة ديارهم بالبحرين . انظر : سبائك الذهب في معرفة قبائل العرب ص ١٧٩-١٨٠ .

أفلحت كل الفلاح [١] ثم إن النبي ﷺ فداه بالرجلين وقد فدى به وهو مسلم [٢] فدل أن الفداء كان في جواز رد المسلمين إليهم .

١٩٩٧٥ – قال : مخالفنا يجوز مفاداة المسلم عندنا إذا كان قويًا في دينه لا يخاف عليه وكانت له عشيرة [٣] تدفع عنه .

١٩٩٧٦ – قلنا : لو جاز لجاز أن يفادى بالمسلم إذا كان على هذه الصفة بالذمي وإلا فما الفرق بينهما .

١٩٩٧٧ – ألا ترى أن الأسير إذا أسلم خرج أن يكون أسيرًا وصار كسائر المسلمين وكعبيدهم .

١٩٩٧٨ – قالوا : يجوز للإمام أن يسترق الأسير إذا رأى ذلك مصلحة لا [٤] يجوز أن يقتله فإذا استرقه جاز أن يهرب فيلحق بدار الحرب فيعود حربيًا وكذلك إذا رأى رده مصلحة ليأخذ به جماعة من المسلمين وجب أن يجوز ذلك .

١٩٩٧٩ – قلنا : إذا استرقه فقد جعله دينًا من أهل الدار وذلك يخرج به أن يكون محاربًا لأن المسلمين يحرسون دار الإسلام ولا يمكنوا عبيدهم من اللحاق بدار الحرب وجواز أن يلحق أمر نادر باد ولا يؤثر في الأمر الظاهر فإذا رده إلى دار الحرب فقد مكنه من اختياره وأعاده حربيًا على حالته [٥] الأولى وذلك معصية فلم يجز أن يعجل الضرر بالمسلمين لمصلحة ترجوها فيظنها يجوز أن تكون ويجوز أن لا تكون ، فأما تخليص أسرى المسلمين [فهي عبادة] [٦] وأمر يستحق به الثواب فلا يجوز لنا أن نفعل المعصية لخلاصهم كما لا يجوز أن نرد المرتدين عليهم ليخلص للمسلمين وقول مخالفنا أن المن يؤدي إلى استصلاح الكافر ورغبته في الإسلام وكفه عن الحرب ليس بصحيح ؛ لأنه يجوز أن يعاود الحرب ويسري كما فعل أبو عزة حين منَّ النبي ﷺ يوم بدر فعاد إلى مكة وقال سحرت محمدًا فعاد لقتاله [يوم أحد] [٧] فإذا كان التجويز حاصلًا لم يجز إسقاط الحق عن رقبته المعنى يجوز لا دليل عليه .

---

(١) أخرجه الدارمي في سننه كتاب السير باب في فداء الأساري (٢/٢٩٥) برقم (٢٤٦٦) ، وأخرجه الإمام مسلم في كتاب النذر باب وفاء النذور في معصية الله (٣/١٢٦٢) برقم (١٦٤١) ، والشافعي في الأم (٨/٣٧٩) .

(٢) سنن البيهقي الكبرى (٩/٢٢٧ ، ٢٢٨) مكتبة دار النهار .

(٣) في (م) ، (ع) : [غير] .

(٤) في (م) ، (ع) : [كذلك] .

(٥) في (ص) ، (م) : حاله .

(٦) في (م) ، (ع) : [فهي في عباده] .

(٧) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

مقدار سهم الفارس من الغنيمة

١٩٩٨٠ – قال أبو حنيفة [ﷺ] : للفارس سهمان من الغنيمة سهم له وسهم لفرسه (١) .

١٩٩٨١ – وقال أبو يوسف ومحمد ثلاثة أسهم سهم له وسهمان لفرسه (٢) .

١٩٩٨٢ – وبه قال الشافعي (٣) .

١٩٩٨٣ – لنا : قوله تعالى : ﴿ وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم مِّن شَيۡءٖ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ ﴾ (٤) ظاهرها (٥) يقتضي تساوي الغانمين في الغنيمة .

١٩٩٨٤ – لأنه تعالى أضافها إليهم على وجه واحد فأقام الدليل على استحقاق الفارس بزيادة سهم واحد فأثبتاه بالإجماع ونفى ما سواه على مقتضى الظاهر .

١٩٩٨٥ – ويدل عليه ما روى ابن المبارك ومحمد بن الحسن عن عبد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمران أن رسول الله ﷺ قسم للفارس سهمين وللراجل (٦) سهمًا (٧) وروى محمد بن الحسن عن مجمع بن يعقوب بن مجمع عن أبيه عن جده قال : شهدت خيبر مع رسول الله ﷺ وكانت سهام خيبر على ستة عشر سهمًا وكانت الخيل ثلاثمائة فرس وأعطى النبي ﷺ الفارس سهمًا وفرسه سهمًا (٨) .

---

(١) قال الإمام السرخسي : وأبو حنيفة ﷺ تعالى استدل بحديث عبد الله العمري عن نافع عن ابن عمر ﷺ أن النبي ﷺ قسم للفارس سهمين سهمًا له وسهمًا لفرسه وعبيد الله أوثق من أخيه عبد الله وفي حديث كريمة بنت المقداد بن الأسود عن أبيها المقداد رضى الله تعالى عنهما أن النبي ﷺ أسهم له يوم بدر سهمين سهمًا له وسهما لفرسه . انظر العناية (٤٩٤/٥) والمبسوط (٤١/١٠) .

(٢) في قولهما والشافعي ﷺ تعالى : يضرب للفارس بثلاث أسهم وهو قول أهل الشام وأهل الحجاز لحديث عبد الله بن العمري عن نافع عن ابن عمر ﷺ أنه أسهم للفارس ثلاثة أسهم سهمًا له وسهمين لفرسه وقسم رسول الله خيبر على ثمانية عشر سهمًا وكانت الرجال ألفًا وأربعمائة والخيل مائتي فرس وباسم كل مائة سهم فتبين أنه جعل سهم الفرس ضعف سهم الرجل .

(٣) جاء في مغني المحتاج : وللراجل سهم والفارس ثلاثة له سهم وللفرس سهمان للاتباع فيهما انظر : (١٥٣/٤) مغني المحتاج (٣/ ١٠٤) .

(٤) سورة الأنفال : الآية ٤١ .

(٥) في (م) ، (ع) : [ظاهره] .

(٦) في (م) ، (ع) : [الراجل] .

(٧) سبق تخرجه في هذه المسألة .

(٨) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه (٦٦٤/٧) ، نصب الراية (٢٧٩/٤) دار الحديث .

١٩٩٨٦ - وروى مكحول أن النبي ﷺ أسهم للفارس سهمين [١] وروت كريمة بنت المقداد عن أبيها المقداد بن الأسود [٢] أن النبي ﷺ أسهم له يوم بدر سهمًا ولفرسه سهمًا [٣] ، ولأنه مملوك يستحق به جزء من المغنم فلا يزيد على سهم مالكه [كالعبد وإن قيل فلم تجز التسوية بينه وبين مالكه] [٤] كالعبد لم يصح هذا القلب ؛ لأن المملوك دون منزلة من المالك وإذا لم تجز التسوية بينهما فأولى أن لا تجوز زيادة التابع على المتبوع فصار هذا القلب مبطلًا بقولهم .

١٩٩٨٧ - ولأن عندنا يجوز [٥] أن يدفع إلى العبد من الخمس والأربعة الأخماس كان ذلك علة مبتدأة .

١٩٩٨٨ - ولأنه حيوان يستحق به سهم [٦] من المغنم فلا يزاد على سهم واحد كالآدمي [ولأن الأدمي] [٧] يقاتل بنفسه والفرس لا يقاتل بنفسه وإنما يتبع غيره فإذا لم يستحق الآدمي أكثر من سهم فالفرس أولى ولأن التابع لا يزاد على المتبوع في الاستحقاق .

١٩٩٨٩ - ألا ترى أن نفقة الخادم لما كانت تابعة لمنفعة الزوجة لم يجز أن يزاد عليها والصبي والعبد لما كان تابعًا لفرسه .

١٩٩٩٠ - فإن قيل : عناء الفرس أكثر من عناء الفارس لأنه يحمل [٨] الفارس [٩] وآلته ويحصل عليه الكر [١٠] والفر والنجاة والإدراك .

١٩٩٩١ - قلنا : هذه المعاني كلها لا تحصل بالفرس لولا الفارس فصار تابعًا فيها له .

١٩٩٩٢ - فإن قيل : هذا المعنى الذي ذكرتموه لم يمنع من التسوية بين الفرس والفارس كذلك لا يمنع التفضيل .

---

(١) مصنف ابن أبي شيبة (٦٦٣/٧) .

(٢) هو : المقداد بن عمرو صاحب رسول الله ﷺ وأحد السابقين الأولين وهو المقداد بن عمرو بن ثعلبة بن مالك بن ربيعة القضاعي الكندي البهراني وقيل : المقداد بن الأسود لأنه ربي في حجر الأسود بن عبد يغوث الزهري تبناه ، شهد بدرًا والمشاهد وثبت أنه كان يوم بدر فارسًا . حدث عنه علي وابن مسعود وابن عباس وجبير بن نفير وأبي ليلى . توفي سنة ٣٣ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٢٤٠/٣ - ٢٤٣) .

(٣) نصب الراية (٢٧٩/٤) دار الحديث .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٥) ساقطة من (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [حق] .

(٧) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٨) في (م) ، (ع) : [يحتمل] .

(٩) في (ص) : [الفرش] .

(١٠) في (ص) : [الكراع] .

١٩٩٩٣ - قلنا : القياس الذي ذكرناه يمنع التسوية فإذا جازت التسوية بالإجماع عدلنا عن مقتضى القياس فلم يجز إثبات الزيادة على موجب القياس .

١٩٩٩٤ - ولأن كل بهيمة لو نفق فيها قبل تقضي القتال لم يستحق به [سهمان لم يستحق به] (١) وإن بقي كالبغل والبعير .

١٩٩٩٥ - ولأنه تابع في الحرب فلم يجز أن يستحق به سهمان (٢) كالفرس إذا نفق قبل تقضي القتال .

١٩٩٩٦ - احتجوا بما روى عبيد الله بن عمر العمري عن نافع عن بن عمر أن النبي ﷺ جعل (٣) للفارس ثلاثة أسهم سهم له وسهمان لفرسه (٤) .

١٩٩٩٧ - قلنا : هذه رواية أبي أسامة (٥) وابن نمير (٦) عن عبد الله العمرى (٧) .

١٩٩٩٨ - وقد روى ابن المبارك عن عبيد الله أن النبي ﷺ جعل للفارس [سهمًا ولفرسه] (٨) سهمًا (٩) قال علي بن المديني عن يحيى بن سعيد القطان قال سألت عبيد الله العمري عن حديثه للفارس سهمان فقال : عن نافع مرسل وقد اتفق يحيى بن سعيد وابن المبارك في رواية سهمين للفارس وهما أثبت من أبي أسامة ومن غيره (١٠) .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) . (٢) في (م) ، (ع) : [سهمًا] .

(٣) في (م) ، (ع) : [قال] .

(٤) مصنف ابن أبي شيبة (٦٦٢/٧) دار الفكر ، مسلم في كتاب الجهاد والسير ، باب كيفية قسمة الغنيمة بين الحاضرين (١٣٨٣/٣) ، برقم (١٧٦٢) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٣٢٥/٦) .

(٥) أبي أسامة هو : حماد بن أسامة بن زيد الكوفي الحافظ الثبت مولى بني هشام ويقال ولاؤه لزيد بن علي ، وله في حدود العشرين ومائة . حدث عن : هشام بن عروة ، والعمش ، وابن أبي خالد وإدريس بن يزيد وأخرون ، حدث عنه : عبد الرحمن بن مهدي ، والشافعي ، وخديجة ، أو الحميدي وأحمد وإسحاق وأبو حنيفة وأخرون مات في ذي القعدة سنة إحدى ومائتين وهو ابن ثمانين سنة . انظر : سير أعلام النبلاء (١٧٦/٨ - ١٧٨) .

(٦) ابن نمير : هو : محمد بن عبد الله بن نمير الحافظ الحجة شيخ الإسلام أبو عبد الرحمن الهمزاني ثم الخارقي مولاهم الكوفي ولد سنة نيف وستين ومائة فهو من أقران أحمد بن حنبل وعلي بن المديني حدث عنه : البخاري ومسلم في الصحيحين وأبو داود وابن ماجه وغيرهم . كان رأسًا في العلم والعمل . توفي سنة ٢٣٤ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٦١٢/٩ - ٦١٤) .

(٧) أخرجه الدارقطني (١٠٢/٤) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٣٢٥/٦) .

(٨) في (م) ، (ع) : [سهمين وللراجل] . (٩) مصنف ابن أبي شيبة (٦٦٣/٧) .

(١٠) أخرجه الدارقطني (١٠٦/٤ ، ١٠٧) ، والبيهقي في معرفة السنن (٢٤٧/٩) برقم (٢٣٠٢٧) ، نصب الراية (٢٨١/٤) ، وابن التركماني في الجوهر النقي (٣٢٥/٦) .

١٩٩٩٩ - وقال علي [١] بن المديني سمعت عبد الرحمن بن مهدي [٢] يقول حدثني سليم بن حصين عن عبد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قسم [في الأنفال] [٣] للفارس سهمين وللراجل سهمًا [٤] .

٢٠٠٠٠ - قال عبد الرحمن سألت سفيان عنه فقال قد سمعت منه ولكن خالفوني فيه فهذا يدل على أن سفيان اعتد بخلاف من خالفه في الرواية عن عبيد الله وإذا اختلف عنه سقط الاحتجاج به .

٢٠٠٠١ - احتجوا : بحديث ابن عباس أنه قال قسم رسول الله ﷺ خيبر [٥] للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهمًا [٦] .

٢٠٠٠٢ - والجواب أن حديث ابن عباس قد طعنوا على ابن أبي ليلى فيه وذكره الدارقطني برداءة الحفظ فكيف يحتجون به .

٢٠٠٠٣ - وروى كُثَيِّر مولى بني مخزوم عن عطاء ، عن ابن عباس وكثير هذا [٧] مجهول عند أصحاب الحديث لا يحتج به .

٢٠٠٠٤ - وقد روينا في قصة غنايم بدر ما يخالف هذا وهو حديث المقداد وإسناده أصح من هذا فتعارض الخبران ثم احتجاج مخالفنا بقسمة بدر لا يصح ؛ لأن عندهم أن الغنايم بها كانت لرسول الله ﷺ يعطي منها من شاء فكيف يحتج بزيادة السهم ونقصانه وهل هذا إلا غفلة منهم ؟ .

٢٠٠٠٥ - قالوا : روي أن الزبير كان يضرب من المغنم بأربعة أسهم سهمين [٨] له

---

(١) ساقطة من [ص]

(٢) هو : عبد الرحمن بن مهدي بن حسان بن عبد الرحمن الإمام الناقد المجود سيد الحفاظ أبو سعيد العنبري وقيل الأزدي مولاهم البصري اللؤلؤي ولد سنة خمس وثلاثين ومائة قال أحمد بن حنبل والليث بهذا الشان وهو ابن بضع عشرة سنة . سمع : أيمن بن نايل أو عمربن أبي زائدة ومعاوية بن صالح الحضرمي وشعبان وشعبة والمسعودي وغيرهم : حدث عنه ابن أبي مبارك وأبي وهب ، وهمّا من شيوخه وعلى ربحي وأحمد وإسحاق وابن ابي شيبة . كان إمامًا حجة وقدوة في العلم والعمل توفي سنة ١٩٨ هـ انظر : سير أعلام النبلاء (٨/١٢٠ - ١٢١) .

(٣) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٤) الطحاوي بإسناده .

(٥) في (م) ، (ع) : [بين خيبر] .

(٦) مصنف بن أبي شيبة (٧/٦٦٣) .

(٧) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٨) في (ص) ، (م) : [سهمًا] وما أثبتناه من (ع) .

وسهمين لفرسه لأنها من ذوي القربى .

٢٠٠٠٦ - قلنا : هذا الخبر رواه الزهري عن مالك وأصحاب الحديث يضعفونه [١] عن مالك ولا يحتجون بروايته ورواه إسماعيل بن عياش [٢] عن هشام بن عروة [٣] وأصحاب الحديث منهم من [٤] لا يقبل إسماعيل بن عياش بوجه ومنهم من يقبلها عن الشاميين خاصة وهذا يرويه غير الشاميين ورواه أيضًا سعيد بن عبد الرحمن الجمحي [٥] عن عروة وهو ثقة إلا أنه خالفه من هو أجل منه وأضبط وهو سفيان بن عيينة فرواه مقطوعًا لا يحتج به [٦] على أصولهم .

٢٠٠٠٧ - واحتجوا : بحديث أبي رهم قال : شهدت أنا وأخي خيبر / .

٢٠٠٠٨ - ومعنا فرسان فقسم لنا رسول الله ﷺ ستة أسهم للفرسين أربعة أسهم ولنا سهمين فبعنا نصيبنا ببكرتين [٧] وهذا يرويه [٨] إسحاق بن عبد الله بن فروة [٩]

---

(١) في (ع) : [يضعفونه] .

(٢) هو : إسماعيل بن عياش بن سليم العنسي أبو عتبة الحمصي روى عن إسحاق بن عبد الله بن أبي فروة المدني أو أسيد بن عبد الرحمن الخثعمي ، وبحير بن سعد الكلاعي وغيرهم . روى عنه : إبراهيم في شمال سمرقند ، وإبراهيم بن العلاء الزبيدي والأبيض بن الأغر ، وإسماعيل بن إبراهيم الترجمان . انظر : تهذيب الكمال (٣/ ١٦٣ - ١٨١) .

(٣) هو : هشام بن عروة بن الزبير بن العوام بن خويلد بن أسد بن عبد العزى بن قصي بن كلاب الإمام الثقة شيخ الإسلام وأبو المنذر القرشي الأسدي الزبيري المدني ولد سنة إحدى وستين ، سمع من أبيه أو عمه ابن الزبير ، و زوجته أسماء بنت عمه المنذر ، وأخيه عبد الله بن عروة ، وعبد الله بن عثمان حدث عنه : شعبة ومالك والثوري وخلق كثير . توفي في سنة ١٤٥ أو ١٤٦ هـ . انظر : (٦ : ٢٧٧ - ٢٨٧) .

(٤) ساقطة من (ص) .

(٥) هو : سعيد بن عبد الرحمن بن عبد الله بن جميل بن عامر بن حذيم بن سلامان بن ربيعة بن سعد بن جمع القرشي الجمحي أبو عبد الله قاض ببغداد أو في عسكر المهدي زمن الرشيد . روي عن : سعد بن إسحاق بن كعب بن عجرة ، أبي حازم سلمة بن دينار المدني ، وسهيل بن أبي صلاح وغيرهم . روى عنه : إبراهيم بن عبد الله بن حاتم السهرودي ، وأحمد بن إبراهيم الموصلي وإسحاق بن حمد الغروي المثنى وآخرون . انظر : تهذيب الكمال (٥٢٨/١٠ - ٥٣٥) .

(٦) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٧) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣٢٦/٦) ، نصب الراية (٢٧٦/٤) ، والدارقطني (١٠١/٤) ، والبكرة : أنثى الجمل . لسان العرب مادة (بكر) .

(٨) في (م) ، (ع) : [برواية] .

(٩) هو : إسحاق بن عبد الله بن أبي فروة واسمه عبد الرحمن الأسود ابن سوادة ويقال الأسود بن عمرو بن رياس ، ويقال : كيسان القرشي الأموي أبو سليمان المدني مولى آل عثمان بن عفان أدرك معاوية بن أبي سفيان روى عن : أبان بن صالح ، وإبراهيم بن عبد الله بن حنين وإبراهيم بن محمد بن أسلم بن بحرة =

وليس ممن يقبل حديثه وقد ذكر أصحاب الحديث في هذا الباب أحاديث لا يسوغ الاحتجاج بها وأمثالها ما قد حكينا وتكلمنا عليه وأخبارنا أولى من وجوه منها أن حديث مجمع بن يعقوب إمام مسجد التقوى يأم فيه أربعين سنة فروى عن أبيه عن جده وجده ممن جمع القرآن على عهد رسول الله ﷺ وفي خبره تاريخ ؛ لأنه ذكر القسمة بخيبر وما رده مخالفنا رواه عن قسمة بدر وهي متقدمة أو أبهم الراوي التاريخ وخيبر مؤرخة متأخرة فالرجوع إليها أولى .

٢٠٠٠٩ - فإن قيل : قد روي أن الخيل يوم خيبر كانت مائتين

٢٠٠١٠ - قلنا : المثبت أولى من المنافي [1] .

٢٠٠١١ - والجواب : أن الأخبار لو تعارضت وتساوت والأصل أن لا تفضيل لظاهر القرآن وإن الفرس آلة لا يستحق به كما يستحق سائر الآلات التي هي الرماح والسيوف فإذا ورد وهو الأخبار فما يخالف من التفضيل منه المقدار المتفق عليه وأسقطنا الزيادة على ذلك لتعارض الإخبار فيها والثالثة أن [ليس بين الأخبار] [2] تنافي بل يجب قبول جميعها وحملها على الصحة فيحمل ما روي من التفصيل منهم واحد على أنه بيان المستحق لا يجوز النقصان عنه وما روي من التفضيل سهمين أحدهما مستحق والآخر على طريق النفل حثًا للناس على إيجاد المثل والقتال عليها .

٢٠٠١٢ - ألا ترى أنه ﷺ لا ينقص المستحق عن سهمه ويجوز أن يزيد على طريق النفل كما روي أنه أعطى سلمة بن الأكوع وكان راجلًا سهم الفارسين .

٢٠٠١٣ - فإن قيل : لو كان ذلك من النفل ليتفضل بينه وبين المستحق .

٢٠٠١٤ - قلنا : بيانه كذلك اقتصاره بالفارس على سهمين فإذا أعطاه أكثر من ذلك علم أنه نفل الزيادة وكيف وقد روى عبد الرحمن بن مهدي عن سليمان بن الحصين عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن بن عمر أن رسول الله ﷺ قسم في الأنفال للفرس سهمين وللراجل سهمًا [3] .

= الأنصاري وغيرهم ، وروي عنه : إبراهيم بن محمد بن أبي يحيى الاسلمي ، وإسماعيل بني رافع المدني أو إسماعيل بن عياش الجمحي وغيرهم . انظر : تهذيب الكمال (٢/٤٤٦ - ٤٥٤) .

(١) في (م) ، (ع) : [المنافي] .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٣) مصنف ابن أبي شيبة (٧/٦٦٣) .

٢٠٠١٥ – فهذا يدل أن هذه [١] القسمة كانت في النفل ذكر هذا الطحاوي بإسناده وجواب آخر أن الأخبار لما تعارضت في ذلك رجع أبو حنيفة إلى قسمة الأئمة فروى أبو حنيفة عن عبد الله بن داود عن المنذر بن أبي حمصة قال : بعثه عمر في جيش إلى مصر أو إلى الشام فأصابوا غنايم فقسم للفارس سهمين وللراجل سهمًا فرضي بذلك عمر وروى شعبة عن أبي إسحاق عن هانئ بن هانئ عن علي أنه [٢] قال : للفارس [٣] سهمان ، وإلى هذا ذهب سعيد بن المسيب والحسن فكان ما [٤] قال به الأئمة من الأخبار أولى أن يعمل به قالوا مقدر زيد على مقدر على سبيل الرفق فوجب أن يكون بالضعف قياسًا على مدة المسح على الخفين .

٢٠٠١٦ – قلنا : يبطل بالنصاب الثاني [٥] . في الزكوات بأن العتق بعد النصاب مقدر زيد على طريق الرفق فلا يكون ضعفه في الإبل والبقر ولأن الوصف غير مسلم لأن سهم الراجل ليس هو الأصل بل سهم الفارس هو الأصل وسهم الراجل يقصر عنه ؛ ولأن مدة المسح لا يجب استيفاؤها بل هو مخير إن شاء أتم ثلاثة أيام وإن شاء نقص منها فإن عللوا في مسألتنا الجواز .

٢٠٠١٧ – قلنا : إذا زاده الإمام على طريق النفل ونقلب هذه [٦] العلة فنقول فجاز أن ينقص الزيادة على الضعف كمدة المسح قال مخالفنا مؤنة الراجل أكثر من مؤنة الفارس فوجب أن يكون سهمه أكثر .

٢٠٠١٨ – قلنا : العبد قد يكون بمثل مؤنة الحر ولا يلحق سهمه بل ينقص عن مؤنة الرجل بل البغال والفيلة إذا حضرت الحرب مؤنتها [٧] أكثر من مؤنة الرجل والفرس فلايستحق بها شيء بوجه فسقط اعتبار المؤنة بكثرتها .

* * *

---

(١) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٢) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [لفارس] .

(٤) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٥) في (م) ، (ع) : [الناس] .

(٦) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٧) في (م) ، (ع) : [مؤنها] .

الفارس إذا دخل دار الحرب فنفق فرسه

٢٠٠١٩ - قال أصحابنا : إذا دخل دار الحرب فارسًا فنفق فرسه أو أخذه العدو فله سهم الفارس وإن باعه فيه روايتان .

٢٠٠٢٠ - أحدهما : أنه يستحق سهم الراجل .

٢٠٠٢١ - وروى الحسن عن أبي حنيفة : أنه يستحق سهم الفارس ولو دخل راجلًا فابتاع فرسًا في دار الحرب فله سهم الراجل (١) .

٢٠٠٢٢ - وقال الشافعي : المعتبر في استحقاق السهم حال تقضي الحرب فمن لا فرس معه في تلك الحال فله سهم راجل ومن كان معه فرس يمكنه القتال فله سهم فارس وإن دخل راجلًا (٢) .

٢٠٠٢٣ - لنا : ما روي أن النبي ﷺ جعل للفارس سهمين وللراجل سهمًا (٣) فلا يجوز أن يكون المراد بذلك فيما يغنم عنهم وقد أجمعوا أن المراد به بيان الحكم في المستقبل وكأنه قال للفارس فيما يغنم سهمان وهذا فارس عند الدخول فاستحق سهمين ومن دخل راجلًا فيجب أن يستحق سهمًا واحد يقتضيه الظاهر ولأن المقصود بالخيل ما يحصل بها من إرهاب العدو قال الله تعالى : ﴿ وَمِن رِّبَاطِ ٱلْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِۦ عَدُوَّ

---

(١) قال الإمام السرخسي : وإذا دخل الغازي دار الحرب مع الجيش فارسًا ثم نفق فرسه أو عقر قبل إحراز الغنيمة فله سهم الفرسان عندناوهو قول عمر ﷺ . وحجتنا : أنه دخل دار الحرب فارسًا على قصد الجهاد فيستحق سهم الفرسان كما لو كان فرسه قائمًا وقاتل راجلًا . وهذا لأن الاستحقاق بالفرس لمعنى إرهاب العدو وقد حصل به . ولو باع فرسه بعد ما جاوز الدرب قبل القتال ففي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله يستحق سهم الفرسان أيضًا لأنه اسمه في ديوان الفرسان وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة لأنه تبين بالبيع أنه ما كان قصده من التزام مؤنة الفرس القتال عليه وإنما كان قصده التجارة وبمجاوزة الدرب على قصد التجارة لا ينعقد سبب استحقاق الغنيمة بخلاف ما إذا مات فرسه ، ولأنه بالبيع والهبة أزاله عن ملكه باختياره فيكون به مسقطا حقه .

(٢) جاء في مغني المحتاج : ونص في موت الفرس حينئذ أن يستحق سهمها والأصح تقرير النصين لأن الفارس متبوع فإذا مات فات الأصل والفرس تابع فإذا مات جاز أن يبقى سهمه للمتبوع وقيل قولان فيهما وجه الاستحقاق شهود بعض الوقعة ووجه المنع اعتبار آخر القتال فإنه وقت الظفر . انظر : مغني المحتاج (١٠٣/٣) .

(٣) مصنف ابن أبي شيبة (٦٦٣/٧) .

ٱللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ ﴾ (١) والإرهاب يحصل بدخولهم ولأن العدو يستعمله وتلك الحال عدد الخيل والرجل [إذا حصل] (٢) المقصود من الخيل استحق السهم ولأنه دخل دار الحرب فارسًا قاصدًا للقتال فوجب أن يصرف له مع سهمه كما لو نفق فرسه إلى (٣) حين تقضي الحرب .

٢٠٠٢٤ – ولا يلزم من دخلها لغير القتال لأنا قلنا قاصدًا القتال ولا يلزم المستعير لأنه يصرف له . [سهم الفارس ولا يلزم إذا مات الفارس لأنا . قلنا : أنه يصرف له] (٤) سهمه سهم الفارس ومن مات لا يصرف له سهمه كذلك سهم الفرس ولا يلزم إذا باع الفرس ؛ لأن سهمه لا يسقط في إحدى الروايتين وعلى الرواية الأخرى يستحق السهم وأسقطه بالبيع كما يسقط سهمه بالردة بعد استحقاقه .

٢٠٠٢٥ – ولأن فرسه نفق بعد دخوله دار الحرب فصار كما لو نفق بعد تقضي الحرب ولأنه دخل دار الشرك على منفعة يستحق بها سهم الفارس فوجب أن يستحق ذلك ما لم يسقط حقه عن الفرس وسهمه .

٢٠٠٢٦ – ولأن استحقاق الفارس إما أن يعتبر فيه الطرف الأول وهو حال دخولهم دارهم أوالقتال عليه أو الطرف . الثاني وهو حال تقضي الحرب وبالتمكن من القتال عليه فلا يجوز اعتبار القتال لأن الرد يستحق سهم [ولم يقاتل على الفرس .

٢٠٠٢٧ – لأن من قاتل راجلًا بعد ربط فرسه يستحق سهم] (٥) الفارس باتفاق ولا يجوز اعتبار الطرف الآخر لأن الخيل يراد للإرهاب أو لمباشرة القتال وذلك يحصل قبل الطرف الآخر وقد تجوز اعتبار تمكن القتال عليه لأن المعير يتمكن من القتال على فرسه فلا يستحق سهم [الفارس فلم يبق إلا اعتبار الطرف الأول ، وأما الفعل الآخر فلأنه دخلها راجلًا فلم يستحق سهم الفارس] (٦) . كما لو ملك فرسًا بعد تقضي الحرب .

٢٠٠٢٨ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ ﴾ ظاهر الآية يقتضي تساوى الغانمين في الغنيمة .

٢٠٠٢٩ – والجواب أن الآية مشتركة الدليل لأنها تقتضي أن جميعهم إذا دخلوا فرسانًا فنفق فرس بعضهم ساواهم في أسهمهم وهذا خلاف قولهم .

٢٠٠٣٠ – قالوا : لو مات فرسه قبل انقضاء الحرب فوجب أن لا يستحق سهم

---

(١) سورة الأنفال : الآية ٦٠ . (٢) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٣ – ٦) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

الفارس . [كما لو كانت الحرب في دار الإسلام .

وربما قالوا إنه دخل في حالة انقضاء الحرب فوجب أن لا يستحق سهم الفارس] [١] .

٢٠٠٣١ - قلنا : مقاصد الخيل توجد مع بقاء الحرب فأما مع انقضائها فقد استغنى عنها فاعتبار بقاء الخيل في حال استغناء الحرب وإسقاط حكمها في حال الحاجة إليها لا يصح ثم الأصل غير مسلم .

٢٠٠٣٢ - لأن عندنا إذا دخل العدو دارنا فمن خرج إليهم فارسًا فنفق فرسه استحق سهم [٢] الفارس ومن حضر العسكر فارسًا فرد فرسه وقاتل راجلًا استحق سهم الفارس ولا فرق بين دار الحرب في ذلك وبين [٣] دار الإسلام .

٢٠٠٣٣ - قالوا : الفرس يستحق به السهم كما يستحق بالعبد الرضخ ولو مات العبد سقط ما كان يستحق به كذلك موت الفرس .

٢٠٠٣٤ - قلنا : العبد هو المستحق وإنما انتقل المال منه إلى المولى فإذا فقد استحال أن يبتدي تمليكه بعد موته والفرس لا استحقاق له وإنما المستحق الفارس وهو من أهل الاستحقاق فلم يسقط حقه بموت الفرس .

٢٠٠٣٥ - قالوا : استحقاق الآدمي من استحقاق الفرس ثم لو مات الفارس قبل تقضي الحرب لم يستحق شيئًا كذلك إذا مات فرسه لم يستحق شيئًا .

٢٠٠٣٦ - قلنا : إذا مات الفارس فقد عدم المستحق حال الاستحقاق والموت يمنع انتقال الملك فلم يجب أن يسهم له وموت الفرس لا يمنع من انتقال الملك إلى الفارس .

٢٠٠٣٧ - ألا ترى أن سهم الراجل يثبت له وإذا كان المستحق باقيًا لم يبطل الاستحقاق بموت التابع له تبين ذلك أن الفارس إذا مات وبقي الفرس سقط سهم الفرس ؛ لأن المستحق قد عدم فإذا بقي المستحق وبقي المستحق به لم يؤثر ذلك في استحقاقه .

٢٠٠٣٨ - فإن قيل : لو كان المعتبر بحال الدخول لوجب إذا دخل الصبي أو الذمي ثم بلغ الصبي وأسلم الذمي أن لا يستحقا السهم اعتبارًا بحال دخولهما .

٢٠٠٣٩ - قلنا : قد قال أصحابنا إن من جن بعد دخول دار الحرب أسهم له اعتبارًا بحال الدخول فإن بلغ قبل القتال يستحق السهم ؛ لأنه دخل وليس هو من أهل / القتال

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه في الهامش .

(٢) ساقطة من (م) . (٣) ساقطة من (ص) .

ولا من أهل السهم وإذا قاتل بعد كماله صار كما لو لحق في هذه الحال وكتجار العسكر وأما الراجل فقد دخل وهو من أهل القتال والسهم فاعتبر حال دخوله .

* * *

مسألة ١٠٠٩

لحوق المدد قبل إحراز الغنيمة

٢٠٠٤٠ - قال أصحابنا : إذا لحق المدد قبل إخراج الغنيمة إلى دار الإسلام ولم يقسمها الإمام ولم يبعها شاركوا فيها (١) .

٢٠٠٤١ - وقال الشافعي : إن لحقوا في حال القتال فهم شركاء وإن لحقوا بعد تقضي الحرب وجمع الغنايم لم يشاركوهم (٢) وإن لحقوا بعد تقضي الحرب وقبل إحراز الغنيمة ففيه قولان (٣) :

٢٠٠٤٢ - لنا : ما روى أن ابني عامر قدما على النبي ﷺ بخيبر بعد تقضي الحرب فأسهم لهما (٤) ولا يقال يحتمل أن يكونا رِدًا لأن العادة أن الواحد والاثنين لا يقتصر عليهما في الرد ولأن الرد من كان حاضرًا ولا يقال فيه سهم بل كان مع النبي ﷺ من ابتداء الحرب .

٢٠٠٤٣ - ويدل عليه ما روى عبيد الله بن يزيد بن قُسيط أن أبا بكر أمد المهاجرين

---

(١) عن ابن قسيط : قال بعث أبو بكر ﷺ عكرمة بن أبي جهل في خمسمائة رجل مددًا لزياد بن لبيد البياض والمهاجر بن أمية المخزومي إلى اليمن فأتوهم حتى افتتحوا النجير فاشركهم في الغنيمة وبهذا يستدل من يجعل للمدد شركة إن لحقوا بالجيش في دار الإسلام لأن بالفتح قد صارت تلك البقعة دارًا للإسلام ولكنا نقول تأويله أنهم فتحوا ولم تجر أحكام الإسلام فيها بعد وبمجرد الفتح قبل إجراء أحكام الإسلام لا تصير دار إسلام . وعليه يحمل أيضًا ما روي أن أبا هريرة ﷺ التحق برسول الله ﷺ بعد فتح خيبر وكذلك جعفر مع أصحابه ﷺ قدموا من الحبشة بعد فتح خيبر حتى قال رسول الله ﷺ : « لا أدري بأي الأمرين أنا أشد فرحًا بفتح خيبر أو بقدوم جعفر » ولم يشركهم في الغنيمة . انظر المبسوط (٢٣/١٠) دار المعرفة .

(٢) في (م) ، (ع) : [يشركوهم] .

(٣) جاء في مغني المحتاج : وتجوز الزيادة على الثلث والنقص عن الربع بحسب الاجتهاد والخماس الأربعة عقارها ومنقولها أي الباقي منها بعد تقديم ما يجب تقديمه من المؤمن كما سبق للغانمين لإطلاق الآية الكريمة وعملًا بفعله ﷺ في أرض خيبر وهم أي الغانمون من حضر الوقعة ولو في أثنائها قبل الانقضاء ولو عند الإشراف على الفتح دخول أبي بكر وعمر ﷺ « إنما الغنيمة لمن شهد الوقعة » رواه الشافعي ولا مخالف لهما من الصحابة . انظر : مغني المحتاج (١٠٢/٣) .

(٤) أخرجه مسلم في كتب فضائل الصحابة ، باب فضائل جعفر بن أبي طالب وأسماء بنت أبي بكر (١٩٤٦/٤) برقم (٢٥٠٢) ، والبخاري في كتب الجهاد وخيبر باب ومن الدليل على أن الخمس النوائب المسلمين (١١٤٢/٣) برقم (٢٩٦٧) .

بأبي أمية وزياد بن لبيد وعكرمة بن أبي جهل [(١)] مع خمسمائة نفر فلحقوا بعد ما فتحوا النُّجَير ثم أسهموا لهم من الغنيمة [(٢)] وروى زياد بن علاقة الشعبي [(٣)] أن عمر بن الخطاب كتب إلى سعد بن أبي وقاص إذا جاءك المدد قبل أن تقضي القتل فأشركهم في الغنيمة [(٤)] فإن قيل يحتمل أن يكون بطيب نفس العسكر .

٢٠٠٤٤ - قلنا : الأصل أن نفوسهم لم تطب فمن يدعي ذلك يحتاج إلى دليل ثم فقد روي ما يدل على صحة هذا روى عبد الرحمن بن أبي بكر عن عبد الرحمن بن الحارث [(٥)] بن هشام أن أبا بكر أمر أن يسهم لعكرمة ولأصحابه [(٦)] .

---

(١) عكرمة بن أبي جهل : هو عكرمة بن أبي جهل عمرو بن هشام بن المغيرة بن عبد الله عُمر بن مخزوم ابن يقظة بن مرة بن كعب بن لؤي ، الشريف الرئيس الشهيد ، أبو عثمان القرشي المخزومي المكي ، لما قُتل أبوه ، تحولت رئاسة بني مخزوم إلى عكرمة ، ثم إنه أسلم وحُسن إسلامه ، قال ابن أبي مليكة : كان عكرمة إذا اجتهد في اليمين قال : والذي نجاني يوم بدر ، ولما دخل رسول الله ﷺ ، مكة هرب منها عكرمة هرب منها وصفوان بن أمية بن خلف ، فبعث النبي ﷺ ، يؤمنهما ، وصفح عنهما ، فأقبلا إليه ، قال الشافعي : كان محمود البلاء في الإسلام ، ﷺ ، قال أبو إسحاق السبيعي : نزل عكرمة يوم اليرموك ، فقاتل قتالًا شديدًا ، ثم استشهد ، فوجدوا به بضعًا وسبعين من طعنة ورمية وضربة ، وقال عُروة بن سعد وطائفة وقتل يوم أجنادين . انظر : سير أعلام النبلاء (٢٠١/٣ ، ٢٠٢) .

(٢) أخرجه الشافعي في الأم (٣٦١/٧) ، مصنف ابن أبي شيبة (٦٦٩/٧) ، تلخيص الحبير (٢٣١/٣) برقم (١٤٩١) .

(٣) كذا بالمخطوطة ولعله [الثعلبي] . زياد بن علاقة بن مالك أبو مالك الثعلبي الكوفي ، في الثقات المعمرين ، يقال : إنه أدرك ابن مسعود حدث عن : عمه قُطْبة بن مالك ، وجرير بن عبد الله البَجَلي ، والمغيرة بن شعبة ، وأُسامة بن شريك ، وعمرو بن ميمون الأودي ، وجماعة . حدث عنه : شعبة ، وسفيان الثوري ، وشيبان النحوي ، وزائدة ، وزهير بن معاوية ، وإسرائيل وأبو عوانة ، وأبو الأحوص ، وسفيان بن عيينة وطائفة ، وهو أكبر شيخ لابن عيينة . قال ليث بن أبي سُليم : أدرك ابن مسعود ، قال النسائي وغيره : ثقة ، قال أبو حاتم : صدوق ، قيل : مات سنة خمس وعشرين ومائة ، وقيل : مات بعد ذلك بيسير . انظر : سير أعلام النبلاء (٤٨/٦ ، ٤٩) .

(٤) أخرجه الشافعي في الأم (٣٦١/٧) ، مصنف ابن أبي شيبة (٦٦٩/٧) ، تلخيص الحبير (٢٣١/٣) برقم (١٤٩١) .

(٥) عبد الرحمن بن الحارث : هو عبد الرحمن بن هشام بن المغيرة بن عبد الله المخزومي أبو محمد ، من أشراف بن مخزوم ، كان أبوه من الطلقاء ، وممن حسن إسلامه ، ولا صُحبة بعد عبد الرحمن . بل له رؤية ، صحبة مقيلة . وروي عن : أبيه ، وعمر ، وعثمان ، وعلي ، وأم المؤمنين حفصة ، وطائفة . وروي عنه : ابنه الإمام أبو بكر بن عبد الرحمن أحد الفقهاء السبعة ، والشعبي ، وأبو قلابة وآخرون .

(٦) أخرجه الشافعي في الأم (٣٦٢/٧) .

٢٠٠٤٥ - فأبوا ذلك فراجعوا فيه أبا بكر فكتب إليهم أن أسهموا لهم وكذلك روي أن سعدًا راجع عمر في ذلك وكتب إليه يأمره أن يشرك المدد في الغنيمة .

٢٠٠٤٦ - فإن قيل : روى طارق بن شهاب [١] أن أهل البصرة غزوا نهاوند فأمدهم أهل الكوفة فظهروا فأراد أهل البصرة أن لا يقسموا لأهل الكوفة فقال رجل من بني عطارد أيها الأجدع تريد أن تشاركنا في غنايمنا فقال حتى أني سَبَبْته فكتب في ذلك إلى عمر فكتب عمر أن الغنيمة لمن شهد الوقعة .

٢٠٠٤٧ - قلنا : مطالبة عمر بالقسمة تدل على أنه يرى ذلك وقول عمر إنما كان لأنهم حضروا بعد تقضي الحرب [٢] وبعد ما قارب الدار دار الإسلام فكان ما نقلنا من المشاركة حجة لنا وما نقلوه من منع الغنيمة لا حجة لهم فيه .

٢٠٠٤٨ - ولأن الغنيمة أحرزت إلى دار الإسلام بظهرهم وتركهم فاستحق السهم إذا كان قصدهم القتال كما لو لحقوا قبل تقضي الحرب .

٢٠٠٤٩ - ولا يلزم الأسير إذا لحق بهم من دار الحرب لأن قصده لم يكن القتال وإنما لحق بهم [٣] ليتحصن ويخلص نفسه من قهر الكفار ولأن كل حالة يجوز للعسكر الانتفاع بالطعام والعلف من الغنيمة إذا لحقهم مدد جاز أن يشركهم فيها كحال القتال .

٢٠٠٥٠ - ولأنه قاصد للحرب شاركهم في حيازة الغنيمة إلى دار الإسلام فوجب أن يشاركهم فيها كالرد .

٢٠٠٥١ - ولأن كل من جاز أن يستحق السهم إذا حضر الوقعة جاز أن يستحق وإن لم يحضرها كالرد وكما لو قسم الإمام العسكر طائفتين فدخلوا دار الحرب من طريقين فغنمت إحدى الطائفتين .

٢٠٠٥٢ - ولا يلزم الأسير لأنه يجوز أن يستحق عندنا وإن لم يحضر القتال إذا دخل مع العسكر فأسر ثم يلحق المسلمين بعد تقضي الحرب .

---

(١) طارق بن شهاب : وهو طارق بن شهاب من عبد شمس بن سلمة الأحمس البعلي الكوفي رأى النبي ﷺ ، وغزا في خلافة أبي بكر غير مرة ، وأرسل عن النبي ﷺ . وروي عن : أبي بكر ، وعمر ، وعثمان ، وبلال ، وخالد بن الوليد ، وابن مسعود ، وعليّ ابن أبي طالب ، وعدَّة . حدث عنه : قيس بن مسلم ، وسماك بن حرب ، وعلقمة بن مرثد وسليمان بن ميسرة ، وطائفة . مات في سنة ثلاث وثمانين . وقيل ، بل توفي سنة اثنتين وثمانين .

(٢) في (م) ، (ع) : [القتل] .

(٣) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

٢٠٠٥٣ - قيل : الحيازة استحق أسهم [1] ولأن المسلمين إذا أحرزوا الأموال ثم لحقهم مدد فقاتلوا حتى غلبوا على البقعة استحقوا السهم من الأرضين فكل من استحق السهم في أرض الحرب استحق من المال المغنوم في تلك الكرة كسائر العسكر .

٢٠٠٥٤ - والدليل على استحقاقه منهما في الأرضين أنهم قاتلوا عليها فملكت بمعونتهم .

٢٠٠٥٥ - ولأنه دخل دار الحرب قتال .

٢٠٠٥٦ - قبل أن يتعين حق في الغنيمة فصار كما لو دخل في حال القتال ولا يلزم الأسير لأنه لم يدخل دار الحرب وإنما انتقل فيها من مكان إلى مكان .

٢٠٠٥٧ - ولا يلزم إذا دخل بعد القسمة ؛ لأن حق الغانمين تعين بما يقسم في إبعاضها .

٢٠٠٥٨ - احتجوا : بما روى عن النبي ﷺ أنه قال : « الغنيمة لمن شهد الوقعة » [2] .

٢٠٠٥٩ - والجواب : أن هذا محفوظ عن عمر ولو ثبت فهو مشترك الدليل لأنه يقتضي [3] أن المدد إذا لحق وقد غلبوا على الغنايم ثم عاد الكفار وقاتلهم المسلمون أن يستحق المدد ؛ لأنهم حضروا الواقعة وهذا خلاف قولهم .

٢٠٠٦٠ - ولأن هذه اللام ليست لام [4] لأن التمليك لا يثبت لغير معين وإنما يقتضى بثبوت الحق .

٢٠٠٦١ - وعندنا من حضر الوقعة فحقه ثابت في الغنيمة وذلك لا ينفى ثبوت حق من لم يحضرها بدلالة الرد .

٢٠٠٦٢ - وأهل الخمس .

٢٠٠٦٣ - قالوا : روي أن النبي ﷺ بعث أبان بن سعيد على سرية قبل نجد فقدموا على النبي ﷺ بعد فتح خيبر [5] . قال أبان أن يسهم لهم فلم يسهم .

٢٠٠٦٤ - والجواب أن خيبر كانت لأهل الحديبية خاصة ولهذا ضرب النبي ﷺ

---

(١) في (م) ، (ع) : [السهم] .
(٢) سبق تخريجه .
(٣) في (م) : [تقتضي] .
(٤) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٥) أخرجه الطحاوي في مشكل الآثار (٣٤٧/٤) دار الكتب العلمية ، نصب الراية (٢٦٧/٤) دار الحديث .

خاصة لمن شهدها من أهل [١] الحديبية [٢] .

٢٠٠٦٥ - [وروى أبو بردة عن أبي موسى [٣] قال : قدمنا على رسول الله ﷺ فقسم لنا ولم يقسم لأحد لم يشهد الفتح غيرنا وإنما كان كذلك لأنهم كانوا من أهل الحديبية] [٤] وقد كان الله تعالى وعد أهل الحديبية فتح خيبر بقوله : ﴿ وَأُخْرَىٰ لَمْ تَقْدِرُوا عَلَيْهَا قَدْ أَحَاطَ اللَّهُ بِهَا ﴾ [٥] فإذا اختصت القسمة بأهل الحديبية جاز أن تكون لم قسم لأبان وأصحابه لأنهم لم يشهدوا الحديبية لا لما قال مخالفنا .

٢٠٠٦٦ - وجواب ثاني : وهو أن خيبر فتحت فصارت دار الإسلام وزالت يد الكفار عنها وعندنا إذا لحق المدد في هذا الحال لم يشاركوا وصار الخبر واردًا في موضع إجماع .

٢٠٠٦٧ - قالوا لحقوا الجيش بعد انقضاء الحرب فصار كما لو لاقوهم والعسكر في دار الإسلام .

٢٠٠٦٨ - قلنا : إذا كان القتال في ظاهر دار الإسلام فتقضى الحرب إنما يكون بانصراف أهل الحرب عن دارنا ومتى كان كذلك فقد أمن عودهم في الظاهر وصار كمن لحق العسكر بعد إخراج الغنيمة إلى دارنا .

٢٠٠٦٩ - وأما إذا انقضت الحرب في دار الحرب فلم يغلب على الدار فَكَرَّةِ العدو غير [٦] مأمونة لأن قتالهم عن أموالهم [٧] ونسبتهم أعظم وإذا لم يؤمن العود في الغائب فالمدد قد حضر في حال الحاجة إليه فصار كما لو حضر مع بقاء الحرب .

٢٠٠٧٠ - قالوا : لحقوا بعد انفصال القتال وصاروا كالأسرى إذا هربوا من أهل

---

(١) ساقطة من (ص) .

(٢) أخرجه الطحاوي في مشكل الآثار (٣٥٤/٤ ، ٣٥٥) دار الكتب العلمية ، نصب الراية (٢٥٣/٤) - دار الحديث .

(٣) أبو بردة : ابن أبي موسى الأشعري الإمام ، الفقيه ، الثبت ، حارث . ويقال عامر . ويقال : اسمه كنيته- ابن صاحب رسول الله ﷺ ، عبد الله بن قيس بن حضّار الكوفيُّ الفقيه ، وكان قاضي ، الكوفة للحجاج ، ثم عزَلَه بأخيه أبي بكر . حدث عن : أبيه ، وعلي ، وعائشة ، وأسماء بن عُميس ، وعبد الله بن سلام ، وحذيفة ، وأبي هريرة ، وعدّة . حدث عنه : بنوه ، سعيد ويوسف ، والشعبي ، ومكحول ، وقتادة وخلق كثير ، وكان من أئمة الإجتهاد . توفي سنة ثلاثمائة وقيل سنة ربعمائة . انظر : سير أعلام النبلاء (٣٠٣/٥ ، ٣٠٤) .

(٤) متفق عليه سبق تخريجه . (٥) سورة الفتح : الآية ٢١ .

(٦) ساقطة من (ص) ، (م) وأثبتناه من (ع) .

(٧) ساقطة من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .

الحرب فلحقوا العسكر .

٢٠٠٧١ - قلنا : الأسرى لم يلحقوا قصدًا للجهاد والمقاتلة وإنما لحقوا لتخليص أنفسهم ولهذا لم يشركوا والمدد لحق للقتال في حال تدعو إليه الحاجة فصار كما لو لحقوا في حال القتال ولهذا المعنى .

* * *

مسألة ١٠١٥

أهل سوق العسكر إن قاتلوا

٢٠٠٧٢ - قال أصحابنا : أهل سوق العسكر إن قاتلوا استحقوا السهم وإن لم يقاتلوا فلا شيء لهم كذلك الأسرى والتجار إذا لحقوا بالعسكر ولم يكونوا دخلوا معهم دار الحرب [١] . فإن قاتلوا استحقوا .

٢٠٠٧٣ - وهذا أحد قولي الشافعي وقال في القول الآخر يستحقون في الوجهين [٢] .

٢٠٠٧٤ - لنا : أن حال التاجر مخالفة لحال العسكر بدلالة أنه لم يقصد بدخوله الجهاد وإنما قصد التجارة فنقصت حاله في الجهاد بدلالة قوله ﷺ : « إنما الأعمال بالنيات وإنما لك امرئ ما نوى » وإذا نقصت حالة لم تساوي المجاهدين كالصبي والمرأة لما نقصت حالهما في الجهاد عن الرجال بدلالة أنهم لا يخرجون إلا عند الضرورة إن لم يجز أن يساووهم في الاستحقاق .

٢٠٠٧٥ - ولأن العبد والمرأة قد وجد منهما القصد إلى الجهاد واستحقاق الثواب بقصدهما إلا أن منزلتهما لما نقصت عن غيرهما لم يساوى فمن لم يقصد الجهاد لم يستحق الثواب بالحضور [٣] أولى أن تنقص منزلته .

٢٠٠٧٦ - ولأنه لم يحضر القتال ولا وجد منه القتال فصار كالمحتارين بموضع الحرب والتجارة .

٢٠٠٧٧ - ولأن التاجر والأسير إذا خرج ليتخلص لم يستحق الثواب بالحضور فلم يساوى العسكر في الغنيمة كالكافر .

٢٠٠٧٨ - احتجوا : بقوله ﷺ : « الغنيمة لمن شهد الوقعة » [٤] .

٢٠٠٧٩ - والجواب أن المريض شهدها مقاتلًا للكفار بدلالة أن أهل الحرب قد شهدوها ولاحق لهم فيها لأنهم لم يحضروا قتال الكفار / .

---

(١) جاء في البدائع : والتاجر والمحترف كالخياط والبقال بسهم لهم إذا قاتلوا الشهود الوقعة وقتالهم والثاني لا لأنهم لم يقصدوا الجهاد . انظر : البدائع (١٠٤/٧) .

(٢) مغني المحتاج (١٦٩/٤) . (٣) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٤) سبق تخريجه .

٢٠٠٨٠ - استحقوا وإذا كان هو المراد بالإجماع صار كالمنطوق به في الخبر .

٢٠٠٨١ - قالوا كل من لا [1] يستحق السهم الكامل فإذا قاتل استحقه إذا حضر ولم يقاتل كسائر العسكر .

٢٠٠٨٢ - قلنا : يبطل بالمختارين ولأن سائر العسكر حصلت لهم فضيلة الجهاد قاتلواأو لم يقاتلوا واستحقوا السهم والتاجر والأسير لم تحصل لهم فضيلة الجهاد قصدًا ولا فعلًا فلم يجز إن شاركوا في غنيمة المجاهدين كما لو لحق الأسير بعد الحرب .

* * *

---

(١) ساقطة من (ص) .

القسمة في دار الحرب

٢٠٠٨٣ - قال أصحابنا : لا ينبغي للإمام أن يقسم في دار الحرب حتى يخرج إلى دار الإسلام (١) .

٢٠٠٨٤ - وقال الشافعي يقسمها هناك (٢) .

٢٠٠٨٥ - لنا : ما روى جبير بن مطعم أن النبي ﷺ : حين صدر يوم حنين وهو يريد الجعرانة سأله الناس حتى دنت ناقته من شجرة سلب بزاوية حتى نزعته من ظهره فقال عليه السلام : « ردوا عليّ ردائي أتخافون أن لا أقسم بينكم ما أفاء الله عليكم والذي نفسي بيده لو أفاء الله عليكم مثل سمر تهامة نعمًا لقسمته بينكم في البأس » فقال : « ثم لا تجدوني بخيلًا (٣) ولا جبانًا ولا كذابًا » فلما نزل قام في الناس فقال : « ردوا الخيط والمخيط فإن الغلول نار وعار وشنار على أهل يوم القيامة » ثم تناول بيده شيئًا من الأرض أو وبرة من بعيره وقال : « والذي نفسي بيده ما أفاء الله عليكم ولا مثل هذه إلى الخمس والخمس مردود عليكم » (٤) فأخر عليه السلام القسمة مع المطالبة وهو لا يؤخر الحق عن مستحقه مع المطالبة فدل أن القسمة لا تجوز في دار الحرب وإنما قسم في الجعرانة لأنها كانت يومئذ دار إسلام .

٢٠٠٨٦ - ولأنه عليه السلام فتح الطائف قبل ذلك وكانت مكة مفتوحة والجعرانة بينهما ومن توابعها .

٢٠٠٨٧ - وذكر محمد عن رافع بن خديج أن النبي ﷺ قسم غنايم بدر [بعد ما

---

(١) جاء في فتح القدير : ولا يقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرجها إلى دار الإسلام وقال الشافعي : لا بأس بذلك وأصله ان الملك للغانمين ولا يثبت قبل الإحراز بدار الإسلام عندنا وعنده يثبت وينبني على الأصل. انظر فتح القدير (٤٧٨/٥) ، اللباب (١٢٥/٤) .

(٢) جاء في مغني المحتاج : ويستحب أن تكون هذه القسمة في دار الحرب كما فعل النبي ﷺ وتأخيرها بلا عذر إلى العود إلى دار الإسلام مكروه وذكر الماوردي والبغوى أنه يجب التعجيل ولا يجوز التأخير من غير عذر لما فيه من الإقرار بالغانمين . انظر مغني المحتاج (١٠/٣) .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٤) سبق تخريجه .

رجع إلى المدينة مع أنه يحكم وتأخيره على من يستحقه لا يجوز .

٢٠٠٨٨ - روي أن النبي ﷺ قسم غنائم بدر] [١] في شعب من شعاب بدر يقال له : الصفراء .

٢٠٠٨٩ - قلنا : يحتمل أن يكون قسمها معًا : فدل أنه قسمها بالمدينة قسمة تمليك في حال القتال .

٢٠٠٩٠ - فإن قيل روى عبد الله بن عمر قال : خرج رسول الله ﷺ إلى بدر في ثلثمائة وخمسة عشر حفاة عراة فدعا لهم رسول الله ﷺ : « اللّهم إنهم حفاة فأحملهم ، وعراة فألبسهم ، وجياع فأشبعهم فانقلبوا حيث انقلبوا ومع كل واحد منهم الجمل والجملان .

٢٠٠٩١ - وهذا يدل على أنهم انقلبوا بعد القسمة [ليحملوها ثم قسمها بالمدينة قسمة تمليك في حال القتال ليجمع بين الخبرين يبين ذلك أن العين المأخوذة من المحل كانت بالمدينة قبل خروج النبي ﷺ إلى بدر ورافع يقول قسمها] [٢] .

٢٠٠٩٢ - وعن علي قال أصبت مع رسول الله ﷺ [شارفًا يوم بدر .

٢٠٠٩٣ - قلنا : يجوز أن يكون أصابوا هذا من الأنفال ؛ لأن النبي ﷺ] [٣] قال : [من أخذ شيئًا فهو له] [٤] ولأنها مال ويجوز الانتفاع بالعلف والطعام فلا يجوز القسمة كحال الوقعة .

٢٠٠٩٤ - قالوا : المعنى في حال الوقعة أن الأسير إذا لحق يسهم له .

٢٠٠٩٥ - قلنا : إذا حضر حال القتال فقاتل استحق وإن لم يقاتل يستحق [وكذلك إذا لحق بدار الحرب فلم يقاتل لم يستحق وإن كثر الكفار عليهم فقاتل استحق] [٥] .

٢٠٠٩٦ - ولأن الحيازة بدار الإسلام لم توجد فلا يجوز القسمة كحال الحرب .

٢٠٠٩٧ - فإن قيل : المعنى في حال الحرب بيانه لم يثبت للغانمين حق التمليك .

٢٠٠٩٨ - قلنا : لا نسلم ذلك لأن الأخذ [يثبت بالأخذ] [٦] ويستقر بالحيازة

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٣ ، ٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٥ ، ٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع)

ويهلك بالقسمة .

٢٠٠٩٩ – قالوا : والمعنى في حال القتال أن الإمام لو قسمه لم تصح قسمته وبعد تقضي الحرب لو قسم جازت قسمته .

٢٠١٠٠ – قلنا : لا ينبغي أن يقسم في الحالتين فإن فعل جاز في الموضع المختلف فيه ؛ لأن حكم الحاكم في موضع الخلاف ينعقد ولا ينعقد في موضع الاتفاق .

٢٠١٠١ – وهذا الاختلاف لا يمنع اعتبار أحدهما بالآخر في اعتبار القسمة كما قاس مخالفنا البيع الفاسد على البيع بالميتة .

٢٠١٠٢ – وإن كان الحاكم لو حكم بوقوع الملك في أحد الموضعين نفذه وفي الموضع الآخر لا ينفذ .

٢٠١٠٣ – ولأن دار الحرب توهم والمملوك ما دام في حكم [١] يد من ملك عليه لم يجز قسمته كالمبيع في يد البايع .

٢٠١٠٤ – ولأن الغنيمة في دار الحرب تعرض الزيادة منها فلم يجز قسمتها كحال القتال ولأن القسمة في دار الحرب تضر بالمسلمين ؛ لأنهم نصبوا بعد القسمة ما لا يمكن قسمته كالفرس الواحد أو السيف فتوضع في بيت المال .

٢٠١٠٥ – ومتى أخر القسمة [٢] لم يسقط حق الغانمين عما يوجد فكان تأخير القسمة أولى .

٢٠١٠٦ – ولأن القسمة تمنع من ثبوت حق المدد وذلك يوجب تأخر المدد عنهم في حالة لا يؤمن كبر العدو فيها فيضر ذلك بهم وفي تبقية الغنيمة استلحاق المدد وذلك أنفع للغانمين فكان أولى .

٢٠١٠٧ – فإن قيل المدد عندنا لا يستحق بعد تقضى الحرب .

٢٠١٠٨ – قلنا ما لم يسقط تقسم حقهم ولا ينقطع ، لأن الأمير لو قسم له جاز وبعد القسمة انقطع حقهم ، لأنه لو أشركهم مع غيرهم لم يجز .

٢٠١٠٩ – احتجوا : بما روى أن النبي ﷺ « قسم غنايم بدر ببدر » [٣] وقد أجبنا عنه .

٢٠١١٠ – واستدلال مخالفنا بقسمة بدر لا يصح لأنها كانت للنبي ﷺ خاصة

(١ ، ٢) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٣) سبق تخريجه .

عندهم (١) وله أن يتصرف فيها كيف شاء .

٢٠١١١ - قالوا : روى أنه قسم غنايم حنين فيها (٢) ، وقسم غنايم بنى المصطلق في مكان الغنيمة (٣) .

٢٠١١٢ - وقال الأوزاعي (٤) ما قسم رسول الله ﷺ غنيمة قط إلا في دار الحرب (٥) .

٢٠١١٣ - قلنا : هذه المواضع فتحت وصارت دار الإسلام فالقسمة فيها وفي المدينة سواء ولهذا ﷺ قسم أراضى خيبر فيها (٦) فلو لم يصر دار إسلام لم يقسمها .

٢٠١١٤ - والكلام في قسمة الأموال في حالة لا تجوز قسمة الأرضين فيها .

٢٠١١٥ - فأما قول الأوزاعي فهو معارض لما روي عن مكحول أن النبي ﷺ لم يقسم غنيمة قط في دار الحرب (٧) معناه أنه قسم في مواضع فتحت وغلبت على أرضها .

٢٠١١٦ - قالوا كل موضع يجوز فيه الاغتنام يجوز فيه الاقتسام كدار الإسلام .

٢٠١١٧ - قلنا : نقول بموجب العلة لأن المسلمين لو أخرجوا الغنيمة إلى دار الإسلام ثم أعادها الإمام إلى دار الحرب جاز أن تقسم هناك ولأن الشيء قد يهلك في محل لا يجوز أن يقسم فيه بدلالة أن البايع يتملك المبيع فيها ولو اقتسمها المتبايعان في يد البايع لا يصح .

٢٠١١٨ - ولأن المعنى في دار الإسلام أن الجند يستنصرون المدد عنهم [وفي دار

---

(١) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣٠٥/٦) ، تلخيص الحبير (٢٢٧/٣) برقم (١٤٨٠) ط مؤسسة قرطبة حيث قال ابن حجر : « وأما قسمة غنائم حنين فغير معروف والمعروف ما في صحيح البخاري وغيره من حديث أنس أنه قسمها بالجعرانة » .

(٣) السنن الكبرى للبيهقي (٣٠٥/٦) ، المنتقى للباجي (١٧٧/٣) ط دار الكتاب الإسلامي .

(٤) الأوزاعي : هو عبد الرحمن بن عمرو بن يُحمد ، شيخ الإسلام ، وعالم أهل الشام ، أبو عمرو الأوزاعي ، كان يسكن بمحلة ، وهي العقيبة الصغيرة ظاهر باب الفراديس بدمشق ، ثم تحول إلى بيروت مُرابطًا بها إلى إلى أن مات . وقيل : كان مولده بعلبك . حدث عن : عطاء بن رباح ، وأبي جعفر الباقر ، وعمر بن شعيب ، ومكحول ، وقتادة ، وخلق كثير من التابعين وغيرهم . روي عنه : ابن شهاب الزهري ، ويحيى بن كثير وهما من شيوخه ، وشعبة ، والثوري وخلق كثير . توفي سنة سبع وخمسين ومائة . انظر : سير أعلام النبلاء (٨٦/٧ - ١٠٤) .

(٥) الأم (٣٥٤/٧ ، ٣٥٥) ، والمنتقى للباجي (١٧٧/٣) ط دار الكتاب الإسلامي .

(٦) المنتقى للباجي (١٧٧/٣) ط دار الكتاب الإسلامي ، والسنن الكبرى للبيهقي (٣٠٥/٦) .

(٧) أخرجه الإمام الشافعي في الأم (٣٥٤/٧) .

الحرب يستنصرون بانقطاع المدد عنهم] [١] فلم تجز القسمة أو نقول : المعنى في دار الإسلام أنها منفعة يجوز قسمة أرضها فجاز قسمة الغنايم فيها ودار الحرب لا يجوز قسمة أرضها قبل الفتح فلم تجز قسمة الغنايم فيها .

٢٠١١٩ - قالوا : كل موضع صحت فيه القسمة لم يجز فيه القسمة كدار الإسلام .

٢٠١٢٠ - قلنا : إن أردتم بالصحة جواز الفعل لم نسلم ذلك وإن أردتم بعد القسمة فلأن ذلك موضع الاجتهاد وليس إذا نفذ الشيء في موضع الاجتهاد دل على أن فعله جائز .

٢٠١٢١ - قيل : حكمه بين ذلك أن الإمام لو نفل أهل راية مما يصيبون فأصابوا لهم شيئًا فقسموه لم تصح قسمته بينهم عندنا ولو قسم الحاكم يصح .

٢٠١٢٢ - ولأن المعنى في دار الإسلام أنها بقعة لا يصح الانتفاع بها بالعلف والطعام فجازت الغنيمة فيها فلما كانت دار الحرب لا يجوز الانتفاع [فيه بالعلف والطعام لم تجز القسمة فيها فقالوا : إنما جوز الانتفاع في] [٢] دار الحرب للضرورة وذلك لا يوجد في دار الإسلام .

٢٠١٢٣ - قلنا : ولو كان كذلك لاحتسب به في قسم من يأكل لأن الضرورة في التناول لا في الاحتساب .

٢٠١٢٤ - قالوا : والطعام يجوز قسمته في دار الحرب لأنه إذا جاز أن ينتفع به فأولى أن يجوز قسمته ثم جواز الانتفاع لم يمنع من جواز قسمته فلأن لا يمنع قسمة غيره أولى .

٢٠١٢٥ - قلنا : إنما يجوز الانتفاع [٣] به عندنا على أصل الإباحة فإن أراد قسمته لم يجز كما أن الانتفاع بالحطب والحشيش جائز فلو قسم ذلك قبل الحيازة لم يجز فلم يجز .

٢٠١٢٦ - قالوا : هذا يبطل إذا لم يجد الإمام محملًا للغنايم جازت القسمة مع جواز الانتفاع بالعلف .

٢٠١٢٧ - قلنا : إنما يقسم الإمام حملها بينهم [٤] فإذا خرج استرجع وقسمها قسمة التمليك فلم يلزم ذلك على ما قلناه .

* * *

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [أن ينتفع] . (٤) في (م) : [بيين بينهم] .

من مات من الغانمين في دار الحرب

٢٠١٢٨ – قال أصحابنا : من مات من الغانمين في دار الحرب قبل القسمة سقط حقه (١) .

٢٠١٢٩ – وقال الشافعي : إذا مات بعد (٢) تقضي الحرب فحقه لورثته (٣) .

٢٠١٣٠ – لنا : ما روى الحسن بن ذكوان أن علي بن أبي طالب قال من مات من الغانمين قبل إحراز الغنيمة بدار الإسلام لا تعطى له .

٢٠١٣١ – ولا يعتبر فيها حق لأحد فلم تتوارث كالمأخوذ على القيام .

٢٠١٣٢ – احتجوا : بأنها حالة تجوز قسم الغنايم فيها فمن مات انتقل حقه منه إلى ورثته كما لو مات في دار الإسلام .

٢٠١٣٣ – والجواب : أن دار الإسلام لا يجوز الانتفاع بالعلف والطعام فلم يورث حق الميت .

٢٠١٣٤ – قالوا لو مات بعد قسمة الغنايم ورث فإذا مات قبل القسمة وجب أن يورث كدار الإسلام .

٢٠١٣٥ – قلنا : إذا قسمت فقد تعين حق الغانمين فيها فملكوا بالقسمة فيورث ما ملكوه وقبل القسمة لم يتعين له حق ولا حصل في بالحيازة في دار الإسلام كحال القتال وهذه المسألة مبنية على أن الغانمين لا يستقر حقهم (٤) بالأخذ حتى ينضم إليه بالحيازة والحقوق / التي لم تستقر لا تورث كخيار القبول .

* * *

---

(١) جاء في بدائع الصنائع : أنه إذا مات واحد من الغانمين في دار الحرب لا يورث نصيبه عندنا وعنده يورث والله أعلم . انظر : البدائع (١٢/٧) .

(٢) ساقطة من (ص) .

(٣) جاء في مغني المحتاج : ولو مات بعضهم أى الغانمين أو خرج عن أن يكون من أصل القتال بمرض أو نحوه بعد انقضائه أى القتال وبعد الحيازة فحقه من المال إن قلنا أن الغنيمة تملك بالانقضاء والحيازة ، أو حق تملكه إن قلنا إنها تملك باختيار التملك أو القسمة وهو الصحيح لوارثه كسائر الحقوق . انظر : مغني المحتاج (١٠٣/٣) .

(٤) ساقطة من (م) ، (ع) .

تقسيم الخمس

٢٠١٣٦ - قال أصحابنا : الخمس ينقسم على ثلاثة أسهم لليتامى والمساكين وابن السبيل فمن كان من ذوي القربى بهذه الصفة دخل من جملة المستحقين . وكان أبو بكر الرازي [١] يقول : كان لذوي القربى زمن النبي (ص) بالنصرة وبعده بالفقر [٢] .

٢٠١٣٧ - وقال الشافعي : لهم خمس بخمس يستحقونه بالاسم يستوى فيه فقيرهم وغنيهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الاثنين ويكون ذلك لبني هاشم وبني عبد المطلب فلا يستحقه بنو أمية ولا بن نوفل ، ويستحقه من ينسب إلى هؤلاء بابن ، فلا يستحق ولد البنات شيء منه . [٣] .

٢٠١٣٨ - لنا : قوله تعالى : ﴿ مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ

---

(١) هو أبو بكر الرازي ، الإمام العلامة المفتي المجتهد ، عالم العراق ، أبو بكر أحمد بن على الرازي الحنفي ، صاحب التصانيف ، تفقه بأبي الحسن الكرخي ، وكان صاحب حديث ورحلة ، لقى أبا العباس الأصم ، وكان مع براعته في العلم ذا زُهدٍ وتعبُّد ، عرض عليه قضاء القضاء فامتنع منه ، ويحتج في كتبه بالأحاديث المتصِلة بأسانيده . مات في ذي الحجة سنة سبعين وثلاثمائة ، وله خمس وستون سنة . انظر : سير أعلام النبلاء (٤١١/١٢ ، ٤١٢) .

(٢) جاء في البدائع : الغنائم تقسم على خمسة أسهم منها وهو خمس الغنيمة لأربابه وأربعة أخماسها أما الخمس فالكلام فيه في بيان قسمة الخمس وفيه بيان معرفه فنقول : لا خلاف في أن خمس الغنيمة في حال حياة النبي ﷺ كان يقسم على خمسة أسهم سهم للنبي وسهم لذوي القربى وسهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لأبناء السبيل أما سهم رسول الله ﷺ فقط سقط ... على قول أصحابنا . وأما سهم ذوي القربى فقد قال الشافعي رحمه الله : إنه باق ويصرف إلى أولاد بني هاشم ومن أولاد سيدتنا فاطمة ويستوون فيه كبيرهم وصغيرهم وغنيهم وفقيرهم وأما عندنا فعلى هذا الوجه الذي بقي . انظر : البدائع (١٢٧/٧) ، وتحفة الفقهاء (٥٢٠/٣-٥٢٢) .

(٣) جاء في روضة الطالبين : مال الفيء يقسم خمسة أسهم ، فأربعة يأتي بيان مصرفها ، والخمس الآخر يقسم على خمسة أسهم متساوية . أحدهما : السهم المضاف إلى الله ﷻ وإلى رسول الله ﷺ وكان لرسول الله ينفق منه على نفسه وأهله ومصالحه وما فضل جعله على السلاح عدة في سبيل الله تعالى وفي سائر المصالح . السهم الثاني : لذوي القربى وهم بنو هاشم وبنو المطلب يشترك فيه فقيرهم وغنيهم وكبيرهم وصغيرهم وذكرهم وأنثاهم بشرط كون الأنساب بالآباء فلا يعطى أولاً البنات . مغني المحتاج (١٤٨/٤ ، ١٤٩) ، وروضة الطالبين (٣٥٥/٦) ، والمهذب (٢٤٧/٢ ، ٢٤٨) .

وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ ﴾ (١) ثم قال ﴿ كَىْ لَا يَكُونَ دُولَةًۢ بَيْنَ ٱلْأَغْنِيَآءِ مِنكُمْ ﴾ (٢) فأمر القسمة على وجه لا يكون دولة بين الأغنياء .

٢٠١٣٩ - ولو قلنا أنه يستحق بالاسم استحقه الغني فصار دولة بين الأغنياء .

٢٠١٤٠ - فإن قيل منع الله إنما يضرب له من ضرب جمعيه إلى الأغنياء وعندنا أكثره للفقراء وأقله للأغنياء فلا يخاف مما تقول الآية .

٢٠١٤١ - قلنا : هذا مذكور على وجه التعليل فنصرف تلك إلى الجملة وكل جزء منها كما لو قال ادفعه إلى بني فلان كي لا يصل إلى الكفار اقتضى ألا يجوز صرف الجملة ولا بعضها إلى الكفار .

٢٠١٤٢ - وروى أبو يوسف عن الكلبي (٣) عن أبي صالح عن ابن عباس أن الخمس الذي كان يقسم على عهد رسول الله ﷺ على خمسة أسهم لله وللرسول ولذي القربى واليتامى سهم وللمساكين سهم وابن السبيل سهم (٤) ثم قسم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي [على ثلاثة أسهم لليتامى والمساكين وابن السبيل .

٢٠١٤٣ - وقال الرازي حدثني مصعب بن ثابت عن عروة بن الزبير أن أبا بكر وعمر وعليًا] (٥) جعلوا هذين السهمين على اليتامى والمساكين والعدة في سبيل الله (٦) .

٢٠١٤٤ - وكان ابن عباس يقول دعانا عمر إلى أن ننكح منه أراملنا ونخدم منه عيالنا ونقضي منه غارمينا فأبينا عليه إلا أن يسلمه كله إلينا فأبى علينا (٧) .

(١ ، ٢) سورة الحشر : الآية ٧ .

(٣) هو : ابن الكلبي ، العلامة الأخباريُّ النَّسَّابةُ الأوحد أبو منذر هشام بن الأخباري الباهر محمد بن السائب بن بشر الكلبي الكوفيُّ الشعبي ، أحد المتروكين ، كأبيه . روى عن : أبيه كثيرًا ، وعن مُجالد ، وأبي مِخنف لوط ، وطائفة . حدَّث عنه : ابنه العباسُ ، ومحمد بن سعد ، وخليفة بن خياط ، وابن أبي السري العسقلاني ، وأحمد ابن المقدام العجلي . قال أحمد بن حنبل : إنما كان صاحب سمر ونسب ، ما ظننت أن أحدًا تحدثُ عنه ، وقال الدارقطني وغيره : متروك الحديث ، وقال ابن عساكر : رافضي ليس بثقة . مات سنة أربع ومائتين وقيل : سنة ست ومائتين . انظر : سير أعلام النبلاء (٢٢٤/٨ ، ٢٢٥) .

(٤) أحكام القرآن للجصاص (٩٢/٣ ، ٩٣) ط دار الفكر ، نصب الراية (٢٩٠/٤) ط دار الحديث .

(٥) ما بين المعكوفتين سقط من (م) ، (ع) .

(٦) شرح معاني الآثار (٣١٠/٣) ط دار المعرفة ، تفسير الطبري (٧/١٠) دار الفكر .

(٧) مصنف ابن أبي شيبة (٧٠٠/٧) ط دار الفكر .

٢٠١٤٥ - وذكر أبو إسحاق الفزاري [(١)] في سيره عن إسماعيل بن أمية [(٢)] عن سعيد بن أبي سعيد المقبري عن يزيد بن هرمز [(٣)] قال كتب بجدة إلى ابن عباس فسأله عن الخمس لمن هو فقال ابن عباس : ألف ما تريد أما الخمس فإنا كنا نرى أنه لنا وقد أبى علينا قومنا ذلك [(٤)] .

٢٠١٤٦ - قال أبو إسحاق عن زائدة عن الأعمش [(٥)] عن المختار بن صيفي [(٦)] عن

---

(١) هو : أبو إسحاق الفزازي ، الإمام الكبير الحافظ المجاهد ، إبراهيم بن محمد بن الحارث بن أسماء بن خارجة بن حِصْن بن حذيفة بن بدر بن عمر وبن جُوية بن لَوْذان بن ثعلبة بن عدي بن فزازة بن ذُبيان بن بغيض بن رَيْث بن غطفان بن سعد بن قيس عَيْلان بن مضر بن نزار بن معد بن عدنان الفزازيُّ الشاميُّ ، ولجدهم خارجة صحبةُ . وهو أخو عيينة بن حِصن . حدث عن : أبي إسحاق السبيعي ، وكُليب بن وائل ، وعطاء بن السائب ، ومالك ، وخلقٍ ، وكان من أئمة الحديث . حدَّث عنه : الأوزاعي ، والثورى ، وهما من شيوخه ، وابن المبارك ، وخلق كثير توفي سنة خمس وقال البخاري سنة ست وثمانين ومائة . انظر : سير أعلام النبلاء : (٧٠٩/٧ ، ٧١٠) .

(٢) هو : إسماعيل بن أمية بن عمرو بن سعيد بن العاص بن سعيد بن العاص بن أمية ابن عبد مناف القرشي ، الأموي ، المكي بن عم أيوب بن موسى . روي عن أبي أمية ، وأيوب بن خالد الأنصاري وبجير بن أبي بجير والحارث بن عبد الرحمن بن ذباب ، وسعيد بن المسيب وغيرهم . روى عنه : أبو إسحاق وإبراهيم من محمد الفزاري ، وبشر بن المفصل ، وسفيان الثوري ، وسفيان بن عينية واخرين . انظر : تهذيب الكمال (٤٥/٣ - ٤٩) .

(٣) هو : يزيد بن هرمز المدني ، أبو عبد الله مولى بن ليث . وقيل : مولى غِفار ، وقيل : مولى آل أبي ذُباب الدَّوسيين ، كان رأس الموالي يوم الحرة ، وهو والد عبد الله بن يزيد بن هرمز مُعَلِّم . مالك بن أنس ، وقيل : إنَّه يزيد الفارس ، والصحيح أنه غيره . روى عن : أبان بن عثمان بن عفان ، ، وعبد الله بن عباس ، وأبي هريرة . روي عنه : الحارث بن عبد الرحمن بن أبي ذُباب ، وسعيد المقبرى ، وقال محمد بن إسحاق عن الزهري : حدثني يزيد بن هرمز ، وكان من الثقات

(٤) أخرجه بن حزم في المحلى (٣٩٢/٥) ، ومسلم في كتاب الجهاد والسير باب النساء والغازيات يرضح لهن ولا يسهم (١٤٤٤/٣) برقم (١٨١٢) ، ورواه أبو داود (١٤٦/٣) كتاب الخراج .

(٥) هو : الأعمش سليمان بن مهران ، الإمام شيخ الإسلام انظر : شيخ المقرئين والمحدثين ، أبو محمد الأسحرى ، الكاهلي ، مولاهم الكوفي الحافظ . أصله من نواحي الري . فقيل ولد بقرية أُمِّه . من اعمال طبرستان في سنة إحدى وستين ، وقدموا الكوفة طفلًا ، وقيل : حملًا ، رأي أنس بن مالك وحكي عنه ، . روى عنه : الحكم بن عتيبة ، وأبو إسحاق السبيعي ، وطلحة بن مصرف ، وحبيب بن ثابت . وخلق كثير ، قال ابن المديني : له نحو من ألف وثلاثمائة حديث . قال سفيان بن عيينة : كان الأعمش أقرأهم لكتاب الله ، وأحفظهم للحديث ، وأعلمهم بالفرائض . مات الأعمش سنة سبع وأربعين ومائة وقال وكيع والجمهور سنة ثمان . انظر : سير أعلام النبلاء (٦/ ٤١٩ - ٤٣٤) .

(٦) هو : مختار بن صيفي الكوفي . روى عن : يزيد بن هرمز روي عنه : الأعمش ، روي له مسلم ، وأبو=

يزيد بن هرمز قال : كتب بجدة إلى ابن عباس وذكر الحديث وقال أما الخمس فيزعم أنه لنا ويزعم قومنا أنه ليس لنا [١] .

٢٠١٤٧ - قال أبو إسحاق الفزاري حدثنا سفيان الثورى عن قيس بن مسلم [٢] قال سألت الحسن بن محمد عن قول الله تعالى : ﴿ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ ﴾ [٣] قال مفتاح كلام الله الدنيا والآخرة [٤] ثم اختلفوا في هذين السهمين بعد وفاة رسول الله ﷺ سهم الرسول وسهم ذى القربى قال قائل منهم : سهم الرسول للخليفة بعده ، وقال قائل منهم : سهم ذي القربى لقرابة الخليفة فأجمع رأيهم أن جعلوا هذين السهمين للخيل والعدة في سبيل الله فكان ذلك في خلافة أبي بكر وعمر .

٢٠١٤٨ - قال أبو إسحاق قال حصين حدثني محمد بن إسحاق قال سألت أبا جعفر : كيف كان علي يصنع بالخمس ؟ فقال : سلك بها سبيلهما أو قال طريقهما . أنه كان يكره أن يُدَّعَى عليه خلافهما . وإذا قسم الأئمة الراشدون على خلاف قولهم لم يعتد بقولهم [٥] .

٢٠١٤٩ - فإن قيل : قد نقلتم أن الخلفاء قسموا الخمس على ثلاثة أسهم فليس فيه إسقاط ذوي القربى فيجوز أن يكونوا أخذوا أحد الثلاثة .

٢٠١٥٠ - قلنا : لو كان كذلك لأسقطوا سهمًا أجمعوا على إثباته أعني اليتامى والمساكين وابن السبيل فعلم أن الثلاثة لم يكن فيها ذوي القربى ويدل عليه أن أهل السيرة اتفقوا أن النبي ﷺ نقل الخمس بهوازن ولم يدفع منه إلى هاشمي شيئًا ولو كان حقًا لهم لم يجز أن يسقط حقهم .

٢٠١٥١ - وقسم ﷺ خيبر فلم يجعل للعباس شيئًا فيها هذه رواية ابن إسحاق

= داود حديثًا واحدًا ، وقد وقع لنا بعلو عنة . انظر : تهذيب الكمال (٢٧/ ٣١٦٣١٩) .

(١) المحلى (٣٩٢/٥) .

(٢) هو : قيس بن مسلم الإمام المحدث أبو عمرو الجدليُّ الكوفي . روي عنه : طارق بن شهاب ، وعبد الرحمن بن أبي ليلى ، ومجاهد بن جبر . حدث عنه : أيوب عائذ ، وأبو ضيقة ، وميسعر ، وشعبة وأبو العميس ، وسفيان الثوري وآخرون . توفي : سنة عشرين ومائة . انظر : سير أعلام النبلاء (١٢/٦) .

(٣) سورة الأنفال : الآية ٤١ .

(٤) مصنف ابن أبي شيبة (٦٧٩/٧) ط دار الفكر ، وشرح معاني الآثار (٢٣٥/٣) .

(٥) الأم (١٥٦/٤) ، وشرح معاني الآثار (٢٣٥/٣) .

وقسم لفاطمة (١) عليها السلام ولم يقسم لبنته زينب (٢) ولا أم كلثوم (٣) وقد كانت هذه القسمة في سنة سبع وماتت زينب في سنة ثمان وماتت أم كلثوم في سنة تسع ولو كان هذا الخبر للجماعة لم يجز أن يخص فاطمة ويمنع أختها وكذلك لم يقسم في خيبر للحصين بن الحارث بن المطلب ولا لأخت الطفيل بن الحارث وقد شهدا معه بدرًا وسائر المشاهد وماتا في خلافة عثمان وأعطى ﷺ من خيبر لبنات أخيها عبيدة بن الحارث وأعطى بنت الطفيل دونه وهذا أمر ظاهر في إبطال قولهم ثم لا شبهة لمن نظر في السيرة أن النبي ﷺ لم يسو بينهم قط ولا أعطى الذكر منهم حظ الأنثيين فدل على بطلان قولهم .

٢٠١٥٢ – يبين ذلك ما روى شعبة عن الحكم قال سمعت عبد الرحمن بن أبي ليلى يحدث عن علي أن فاطمة أتت النبي ﷺ تشكو إليه ألمًا في وقد بلغها أن النبي ﷺ أتاه سبي فأتت فاطمة تطلب خادمًا فلم يلقها ولقيتها عائشة فأخبرتها الحديث فلما جاء النبي ﷺ أخبرته بذلك فأتى رسول الله ﷺ وقد أخذنا مضاجعنا فقال : « مكانكما » وقعد بيننا وقال : « ألا أدلكما على خير مما سألتما تكبران الله أربعًا وثلاثين وتسبحانه ثلاثًا وثلاثين وتحمدانه ثلاثًا وثلاثين إذا أخذتما مضاجعكما فإنه خير لكما من خادم » (٤) .

٢٠١٥٣ – وروى حماد بن سلمة عن عطاء بن السائب عن أبيه عن علي بن أبي

---

(١) هي : فاطمة بنت رسول الله ﷺ سيدة نساء العالمين في زمانها البضعة النبوية أم أبيها بنت سيد الخلق رسول الله ﷺ أبي القاسم محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف القريشية الهاشمية وأم الحسنين . مولدها قبل المبعث بقليل وتزوجها الإمام علي بن أبي طالب في ذي القعدة أو قبله في سنة اثنتين بعد وقعة بدر . قال ابن عبد البر : دخل بها بعد وقعة أحد فولدت له الحسن والحسين ، ومحسنًا وأم كلثوم وزينب . روت عن أبيها ، وروى عنها : ابنها الحسين وعائشة وأم سلمة وأنس بن مالك وغيرهم . كان النبي يحبها ويكرمها ويسر إليها ومناقبها غزيرة . توفيت رضي الله عنها سنة (١١ هـ) . انظر : سير أعلام النبلاء (٤٢٥/٣ : ٤٣٤) .

(٢) هي : زينب بنت رسول الله ﷺ كانت رضي الله عنها أكبر بنات النبي وتوفيت سنة ثمان من الهجرة وغسلتها أم عطية فأعطاهن حقوة وقال أشعرناها إياه ، وكان النبي يحبها ويثني عليها عاشت نحو ثلاثين سنة وتزوجت أبي العاص . انظر : سير أعلام النبلاء (٢٠٨/٣) .

(٣) هي : أم كلثوم بنت رسول الله البضعة الرابعة النبوية يقال تزوجها عتبة بن أبي لهب ثم فارقها وأسلمت وهاجرت بعد النبي ﷺ فلما توفيت أختها رقية تزوج بها عثمان بن عفان رضي الله عنه وهي بكر في ربيع الأول سنة ثلاث فلم تلد له . توفيت في شعبان سنة تسع فقال النبي ﷺ : « لو كن عشرًا لزوجتهما عثمان » . انظر : سير أعلام النبلاء (٥٠٥/٣) .

(٤) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٢٣٤/٣) .

طالب أنه قال لفاطمة ذات يوم : قد جاء أباك بسعة ورقيق فأتيه فاستخدميه فذكرت ذلك له فقال : « والله لا أعطيكما وأدع أهل الصفة تطوى بطونهم ولا أجد ما أنفق عليهم ولكن أبيعها وأنفق عليهم »(١) ولو كان لها في الخمس شيء لم يمنعها منه لأن أهل الصفة تطوى بطونهم ولأنه جزء من الخمس فلا يستحقه الأغنياء .

٢٠١٥٤ - فإن قيل : عندكم لاحق لهم فكيف يصح الوصف .

٢٠١٥٥ - قلنا : عندنا لهم جزء فيستحقونه بالفقر كما يستحقه سائر الفقراء .

٢٠١٥٦ - فإن قالوا نقلب فكان ذلك سهمًا ثابتًا أبدًا .

٢٠١٥٧ - قلنا : كذلك نقول لفقراء ذوي القربى سهم ثابت أبدًا لا يسقط وكما حرم على أغنياء غير بني هاشم حرم على أغنيائهم كالصدقات .

٢٠١٥٨ - فإن قيل : عندنا لا تحرم الصدقات على الأغنياء ، لأن العامل يأخذها مع الغنى .

٢٠١٥٩ - قلنا : من سوى هؤلاء من الأغنياء حرمت عليه الزكاة بإجماع كذلك يحرم عليهم الخمس .

٢٠١٦٠ - ولأن بني هاشم يحرم عليهم ما أحل لغيرهم من الأموال وهي الزكاة مع الفقر فلأن يحرم عليهم ما حرم على غيرهم أولى .

٢٠١٦١ - ولأنهم فريق سهموا في الخمس فكان الفقر شرطًا في استحقاقهم كاليتامى والمساكين وابن السبيل ولأنهم عوضوا بالخمس عن الزكاة .

٢٠١٦٢ - بدلالة ما روي عن النبي ﷺ « أليس في خمس الفيء ما يغني عن غسالة أيدي الناس »(٢) .

٢٠١٦٣ - وعن عطاء بن أبي رباح أنه قال : « إن الله حرم الصدقة على بني هاشم وعوضهم عنها بالخمس »(٣) .

٢٠١٦٤ - ومعلوم أن أغنياءهم كانوا لا يستحقون فتبين أن الخمس لمن حرمت

---

(١) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٢٣٤/٣) ط دار المعرفة .

(٢) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٢١٧/١١) برقم (١١٥٤٣) مكتبة العلوم والحكم الموصل .

(٣) أخرجه الإمام أحمد (٧٥٤/٢) ، ومسلم (٧٥٤/٢) برقم (١٠٧٢) كتاب الصلاة باب ترك استعمال آل النبي على الصدقة .

الصدقة عليه وهم الفقراء .

٢٠١٦٥ – فإن قيل : الغني تحل له الصدقة عندنا إذا كان عاملًا أو غارمًا .

٢٠١٦٦ – قيل لهم يكفي الاستدلال أن الغني إذا لم توجد فيه هذه الصفات يجب أن لا يستحق الخمس الذي هو عوض كما لم يكن لهم حق في الصدقة التي هي العوض .

٢٠١٦٧ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي ٱلْقُرْبَىٰ ﴾ [١] .

٢٠١٦٨ – قالوا : فأثبت لهم حقًّا بلام التمليك ومتى أضيف المملوك إلى من يصح أن يملك أفلا ذلك الملك كقولنا هذه الدار لزيد .

٢٠١٦٩ – قالوا : ثم عطف عليهم اليتامى والمساكين بواو العطف فالظاهر الاشتراك .

٢٠١٧٠ – ولأنه علق الاستحقاق باسم القرابة فمن قال أنه لا يتعلق بالاسم وإنما يستحق بالفقر فقد خالف الظاهر .

٢٠١٧١ – والجواب : أن هذه الآية لا دلالة لمخالفنا فيها .

٢٠١٧٢ – لأن الظاهر يدل على استحقاق ذوي القربى وليس فيها قربى / النبي ﷺ ٢٢٧/ب ولا قربى المسلمين بل الظاهر أن المراد قربى الغانمين لأن الخطاب لهم ، قال الله تعالى : ﴿ وَقَٰتِلُوهُمْ حَتَّىٰ لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ ﴾ [٢] . وهذا خطاب للمسلمين ثم قال : ﴿ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ ﴾ [٣] وهذا يتناول أمر الله بالقتال ثم قال : ﴿ وَلِذِي ٱلْقُرْبَىٰ ﴾ [٤] معنى قرابة المخاطبين .

٢٠١٧٣ – يدل ذلك على أن كل موضع ذكر الله قربى فيها فلما أراد قربى المسلمين ولم يرد قربى النبي ﷺ وإنما بين الله تعالى أن الخمس إلى خلاف ما كان يصرف للرباع إليه في الجاهلية بأن يخص بذلك من شاء منهم فأخبر الله تعالى أن الخمس للمسلمين ولهذا قال ﷺ : « ما لي فيما أفاء الله عليكم إلا الخمس والخمس مردود فيكم » [٥] .

٢٠١٧٤ – وأما قوله أنه عطف على اليتامى والمساكين فالظاهر [٦] أنه يفيد الاشتراك وكذلك نقول أو ذوي القربى من المسلمين إذا كانوا من أهل الحاجة شاركوا اليتامى والمساكين .

---

(١) سورة الأنفال : الآية ٤١ .
(٢) سورة البقرة : الآية ١٩٣ .
(٣ ، ٤) سورة الأنفال : الآية ٤١ .
(٥) سبق تخريجه .
(٦) ساقطة من (ص) ، (م) وأثبتناها من (ع) .

٢٠١٧٥ - وقربى النبي ﷺ منهم .

٢٠١٧٦ - وأما قولهم إنه على الاستحقاق بالاسم فليس بصحيح لأن ذلك خلاف الإجماع .

٢٠١٧٧ - وكذلك من يستحق بالاسم وقد حرم النبي ﷺ من بني عبد شمس وهو أخو هاشم لأبيه فسقط اعتبار القرب [باتفاق .

٢٠١٧٨ - ولأن الاستحقاق] (١) بمعنى آخر بين ذلك أن الله ذكر في الآيات اليتامى فلم يستحقوا بالاسم بل بالفقر كذلك ذوي القربى على أن الآية دلالة . لنا أنه تعالى قال : ﴿ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ ﴾ (٢) والأموال المضافة إلى الله تعالى هي المرصدة للقرب المعدة لها .

٢٠١٧٩ - فإن قيل لو كان كذلك لم يعطفوا قوله وللرسول ولذي القربى ولكان يقول : ﴿ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ ﴾ .

٢٠١٨٠ - قلنا : قد تذكر الواو في اللغة والمراد إلغاؤها قال الله تعالى : ﴿ وَلَقَدْ ءَاتَيْنَا مُوسَىٰ وَهَٰرُونَ ٱلْفُرْقَانَ وَضِيَآءً ﴾ (٣) والواو ملغاة ومعناه الفرقان ضياء .

٢٠١٨١ - قالوا : روى الزهري عن سعيد بن المسيب عن محمد بن جبير بن مطعم(٤) قال لما وضع رسول الله ﷺ سهم ذوي القربى في بني هاشم وبني المطلب وترك بني نوفل وبني عبد شمس انطلقت أنا وعثمان وعلي إلى النبي ﷺ فقلت : يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم لا ينكر فضلهم للموضع الذي وضع الله بها منهم فما بال إخواننا (٥) بني المطلب أعطيتهم وتركتنا وقرابتنا واحدة فقال ﷺ : « [أنا وبني المطلب لا نفترق في جاهلية ولا إسلام وإنما نحن وهم شيء واحد » وشبك بين أصابعه (٦) .

٢٠١٨٢ - وقوله [لما وضع رسول الله] (٧) سهم ذوي القربى يدل أن لهم سهما

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٢) سورة الأنفال : الآية ٤١ .

(٣) سورة الأنبياء : الآية ٤٨ .

(٤) هو : محمد بن جبير بن مطعم إمام فقيه ثبت يكنى أبا سعيد . روى عن : أبيه ، وعمر ، وابن عباس ، ووفد على معاوية . روي عنه : أولاده جبير ، وعمر ، وسعيد ، وإبراهيم ، وعمرو ، بن دينار ، والزهري ، وسعد بن إبراهيم ، وآخرون . كان أحد العلماء من الأشراف صاحب كتب وعناية بالعلم . مات بعد أخيه نافع بقليل بالمدينة فقيل مات في خلافة عمر بن عبد العزيز سنة ١٠٠ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٤٤٣/٥) .

(٥) ساقطة من (ص) ، (م) ، وأثبتناها من (ع) .

(٦) سبق تخريجه .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

وأخبر أن النبي ﷺ قسمه علي بني [١] هاشم وبني المطلب فدل أنهم ينفردون وأخبر أن قسمه بالقرابة والتمس عثمان حقه وهو من ألسن الناس فلم يدفعه النبي ﷺ باتفاق وإنما دفعه بأمر آخر ولو كان للفقراء لقال : لا حق لك فيه .

٢٠١٨٣ – ولأن الاستحقاق لو كان بالفقر لم يمنع بنو نوفل وبنى عبد شمس لأن الفقير فيهم موجود .

٢٠١٨٤ – والجواب : أن هذا الخبر [٢] دليلنا لأن عثمان ظن أن الاستحقاق بالقربى وهو أقرب من بني المطلب فلما علق ﷺ الدفعة بين القرب دل على بطلان قولهم ولو استحقوا بالقربى لم يأخذ الأبعد وبين الأقرب فلهذا الخبر قال أبو بكر الرازي أنهم استحقوه في زمن رسول الله ﷺ بالنصرة فلهذا قال : « إنا لم نفترق في جاهلية ولا إسلام » لأنهم خرجوا مع بني هاشم إلى الشعب . وهذا المعنى قد سقط بمعنى من حضره . فإن قيل : ليس يمتنع أن يثبت بالنصرة لم يثبت لأبنائهم لشرف الآباء .

٢٠١٨٥ – قلنا : بقاء الحكم مع زوال العلة يحتاج إلى دليل ، فرد الأئمة القسمة لهم يدل أنه لم يثبت للأبناء .

٢٠١٨٦ – فأما قولهم : أن الخبر دل على ثبوت السهم لهم والنبي ﷺ أعطاهم ؛ لأن تدبير الخمس كان عليه فأعطاهم للمصلحة ، وهذا معنى إضافة الخمس أنه وقف على تدبيره فلهذا قال : « مالي فيما أفاء الله عليكم إلا الخمس وهو مردود فيكم » [٣] فأضاف جميع الخمس إلى نفسه ثم أخبر أنه مردود في المسلمين فدل أنها إضافة التصرف والتدبير .

٢٠١٨٧ – ولهذا قال الله تعالى في ابتداء الفيء : ﴿ وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَىٰكُمْ عَنْهُ فَٱنتَهُوا۟ ﴾ [٤] فبين أن له تدبير الفيء وكذلك نفل جميعه يوم هوازن ولم يدفع منه شيئًا إلى بني هاشم والنبي ﷺ دفع إلى ذوي القربى على هذا الوجه فظن عثمان أنه قسم لهم سهمًا والأمر بخلاف ذلك لأنه لم ينقل قط أنه عمهم به ولا سوى بينهم فيه وقوله أن قسمته بين بني هاشم وبني المطلب يدل على أنهم [٥] ينفردون به غلط ؛ لأنه

---

(١) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٢) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) سورة الحشر : الآية ٧ .

(٥) ساقطة من (م) ، (ع) .

دفع جميعه في هوازن إلى أهل مكة دونهم ولو كان حقا لهم لم يصرف عنهم .

٢٠١٨٨ - فأما قولهم إن عثمان التمسه منه (١) فلأنه ظن أنه استحق االقربى فرد ﷺ ذلك ويجوز أن يكون التمسه لقومه لا لنفسه .

٢٠١٨٩ - وقولهم إن النبي ﷺ دفعه بمشاركة بني المطلب لبني هاشم ولو كان يستحق بالفقر لقال أنت غني .

٢٠١٩٠ - ولأن النبي ﷺ ذكر المعنى المانع لاستحقاقه في جميع الأحوال غنيًا كان أو فقيرًا وتعلق الحكم بأعم العلتين أولى .

٢٠١٩١ - ولأنه ذكر المعنى (٢) لم يدل على سقوط حق غيره وذكر معنى يعم جميع بني أمية .

٢٠١٩٢ - وقولهم لو كان أعطى [بالفقر لم يمنع بني عبد شمس وبني نوفل ليس بصحيح لأنهم يستحقونه] (٣) بالفقر مع الفقر والنبي ﷺ دفعه إلى بني هاشم للمصلحة لا بالفقر وعلق ذلك بمعنى لا يوجد في غيرهم .

٢٠١٩٣ - قالوا : روى ابن أبي ليلى قال سمعت عليًا يقول : اجتمعت أنا والعباس وفاطمة وزيد بن حارثة عند رسول ﷺ . فقلت : يا رسول الله إن رأيت أن توليني حقنا من الخمس في كتاب الله وأقسمه حياتك كي لا ينازعني أحد بعدك قال : « افعل » فقسمته حياة رسول الله ﷺ ثم ولاية أبي بكر حتى كانت آخر سنة توفي فيها عمر فأتاه مال كثير من الأهواز والسوس فأرسل إلى فقلت : بنا عنه العام غني وبالمسلمين الآن حاجة فاردده إليهم ثم لم يدعوني إليه أحد بعد عمر فلقيت العباس بعد ما خرجت من عندهم فقال : يا علي حرمتنا الغداة شيئًا لا يرد علينا أبدًا وكان رجلًا داهيًا (٤) . فدل هذا الخبر على ثبوت السهم وعلى أنه لا يسقط بموت النبي ﷺ .

٢٠١٩٤ - لأن عليًا قال لا ينازعني فيه أحد بعدك ودل على الإجماع لأن أبا بكر وعمر ولياه ذلك .

٢٠١٩٥ - قلنا : هذا الخبر لم يروه عن عبد الرحمن بن أبي ليلى غير عبيد الله بن

---

(١) ساقطة من (ع) . (٢) في (ع) : [الغني] .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) أخرجه أبو داود (١٤٧/٣) برقم (٢٩٨٤) كتاب الخراج ، والبيهقي في السنن الكبرى (٣٤٣/٦ ، ٣٤٤) ، نصب الراية (٢٩٥/٤) دار الحديث .

عبد اللّٰه الرازي وهو ممن لم يخرجه أحد في الصحيح ولا يعرف فكيف يثبت مثل هذا الحكم بروايته ولو كان هذا صحيحًا لنقل تولية النبي ﷺ لعلي من طريق الاستفاضة ولذكر من مفاخره ولاشتهر الأمر فيه لأنه يقسمه في حياة رسول اللّٰه ﷺ قسمة ظاهرة على قومه فلما لم ينقله الأمر إلا (١) من طريق لا يعرف لم يجز الرجوع إليه ولو ثبت احتمال أن يكون ﷺ جعل إليه قسمة ما يقرره لهم في حال حياته وقد بينا أن تدبير الخمس كان إليه وكان يعطي مرة من يرى منهم فلا يعطي مرة فجعل ذلك المقرر لهم إليه يقسمه بينهم .

٢٠١٩٦ - فأما قولهم أن تولية أبي بكر وعمر له ذلك إجماع ليس (٢) بصحيح .

٢٠١٩٧ - لأن أبا بكر سوى بين الناس وجعل القرشي والهاشمي فيه سواء ولم يفرد لأحد حقًا به ولا فضله فيه هذا أمر مشهور منقول عن طريق الاستفاضة .

٢٠١٩٨ - فأما عمر بن الخطاب ففضل في القسمة بين الناس ، فجعل لعلي بن أبي طالب خمسة الاف دينار ولسائر أهل بدر كذلك ، وألحق الحسن والحسين بأهل بدر لمكانهما من رسول اللّٰه ﷺ ، وفرض للعباس اثني عشر ألفًا وفرض لأسامة بن زيد أربعة الاف (٣) ، فقد سوّى أبو بكر بين الناس ولم يفضل أحدًا ، وهذا يدل أنه كان لا يرى القرابة بعد رسول اللّٰه ﷺ سهمًا (٤) . وهذا عمر لما رأى التفضيل لم يفضل بالقرابة فلو استحق بالقرابة شيئًا لفضله عليهم (٥) .

٢٠١٩٩ - ثم تحمل علي بن أبي طالب مما عملا به فلم يخالفهما كما قدمنا فكيف نتابع هذا الإجماع ولو كان ما قالوه صحيحًا لم يقل ابن عباس كنا (٦) نرى أنه لنا ، وقد أبي ذلك قومنا فدل على أنه لم يرد له حقًا وهذا الخبر لو ثبت فهو من أدل الدليل عليهم لأن عندهم هذا السهم يستحق بالاسم ويملكه بنو هاشم وبنو المطلب غنيهم وفقيرهم ، وعلق على من زعموا بل عليهم فكيف يصرفه عنهم (٧) لحاجة المسلمين بغير

---

(١) في (م) ، (ع) : [فيه] . (٢) في (م) ، (ع) : [فليس] .

(٣) انظر مصنف أبي شيبة (٦١٤/٧-٦٢٢) .

(٤) في (م) ، (ع) : [منهما] .

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣٤١/٦) ، أخرجه أبو داود في كتاب الخراج ، باب في بيان مواضع قسم الخمس وسهم ذوي القربى (١٤٥/٣) برقم (٢٩٧٨) .

(٦) في (م) ، (ع) : [كما] .

(٧) ساقطة من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

اختيارهم والعباس ينكر ذلك وهو منهم فدل أن هذا ليس تملكًا لهم وإنما يستحقونه بالحاجة [١] .

٢٠٢٠٠ - ولهذا قال علي تصرف إلى من هو أحوج منهم ثم كيف يقول علي : إني التمست من النبي ﷺ الولاية حتى لا ينازعني أحد فيها ثم لا نقول ولا من أبي بكر وهو مستغني عن تولية أبي بكر بتولية رسول الله ﷺ فعلم أن هذا مناقضة ، وقد ذكر أبو داود الخبر المشهور في قصة عبد المطلب بن ربيعة والفضل بن العباس أن النبي ﷺ كان ولى على الخمس محمية بن جزء وهو رجل من زبيد فهذا يدل على [٢] أن عليًا لم يتولاه وقد ذكروا في هذا الخبر أن عمر قال لعلي بالمسلمين صلة وأني أعوضكم / عن حقكم فمات تلك السنة فلم يعوضهم وهذا لم يذكره أبو داود ولا ذكره من موضع معروف وهو لا أصل له لأن في الخبر أن المال كان من فتح الأهواز والسوس ، وقد فتح عمر بعد ذلك سجستان وإلى بكران فكيف يموت تلك السنة قبل أن يعوضهم فعلم أن هذا خبر مضطرب لا حجة لهم فيه ، وقد ذكر أبو داود بإسناد صحيح أن النبي ﷺ أصاب شيئًا فانطلقت إليه فاطمة بنت الزبير فشكيا إليه فسألتاه أن يأمر لهما بشيء من السبي فقال ﷺ : سبقكن يتامى بدر » [٣] . ولو كان لذي القربى سهم مقدر لم يمنعهن لأجل اليتامى قالوا كل من لا تحل له الصدقات المفروضات بحال كان له سهم من الخمس كالنبي ﷺ .

٢٠٢٠١ - قلنا : نقول بموجبه لأن الفقراء منهم لهم سهم من الخمس يستحقونه بشرط [٤] الحاجة وكذا [٥] النبي ﷺ يستحق بالحاجة تصرف من الخمس في مصالحه وما زاد على قدر حاجته يصرف [٦] إلى المسلمين فلا فرق بين الأصل والفرع ولأن الصدقة إنما حرمت على فقرائهم فأما الأغنياء فهم في تحريم الصدقة كسائر المسلمين [٧] .

٢٠٢٠٢ - قالوا : صنف من أهل الخمس لهم سهم فوجب أن يكون لهم على التأبيد كابن السبيل واليتامى .

---

(١) سنن أبو داود (١٤٥/٣) برقم (٢٩٧٨) ، كتاب الخراج باب في بيان مواضع قسم الخمس وسهم ذي القربى .

(٢) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه كتاب الخراج باب في بيان مواضع قسم الخمس وسهم ذي القربى (١٥٠/٣) برقم (٢٩٧٨) .

(٤) في (م) ، (ع) : [شط] .

(٥) في (م) ، (ع) : [وكذلك] .

(٦) في (م) ، (ع) : [يصرفه] .

(٧) في (م) ، (ع) : [الناس] .

٢٠٢٠٣ – قلنا : عندنا منهم [1] له سهم فحقه متأبد لا يسقط والأغنياء لا حق لهم ولا يوصف حقهم بالتأبيد ثم سائر أهل السهام دلالة لنا لأنهم يستحقون منهم لأجل الحاجة : [كذلك هو لا يستحقونه بشرط الحاجة] [2] .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [من] .
(٢) ما بين المعكوفين ساقط من (م) ، (ع) .

مَوْسُوعَة

القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارَنَةِ

المُسَمَّاة

التَّجْرِيد

باب قسم الصدقات

مسألة [1] ١٠١٤

زكاة الأموال الظاهرة

٢٠٢٠٤ – قال أصحابنا : زكاة الأموال الظاهرة إلى الإمام فإن أخرجها أربابها إلى الفقير لم يسقط الغرض في حق الإمام [2] .

٢٠٢٠٥ – وهو قول الشافعي [رحمه الله] : في القديم .

٢٠٢٠٦ – وقال في الجديد : إذا فرقها بنفسه على الفقراء جاز [3] .

٢٠٢٠٧ – لنا : قوله تعالى : ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا ﴾ [4] فأمره ﷺ بالأخذ ويستحيل أن يؤمر بذلك وقد أمر بالدفع والأمر على الوجوب فإذا ثبت وجوب الدفع إليه ، لم يسقط الوجوب بغير ذلك .

٢٠٢٠٨ – فإن قيل : أنه مأمور يأخذ صدقة المال الباطن ، وإن كان لنا تفريقه .

٢٠٢٠٩ – قلنا : عندنا لا يجب عليه أخذه ولكنا إذا دفعناه كان له الأخذ وجاز أن لا يأخذ فلذلك [5] يجوز لنا الدفع إليه ولا يجب عليه أن يفرقها بنفسه سقط حق العامل

---

(١) القسم : بفتح القاف مصدر قسم قسمًا أي فرق وأعطى كل ذي حق حقه لا يثني ولا يجمع . انظر : النظم المستعذب في شرح غريب المهذب (١٦٨/٢) ، والصدقات جمع صدقة وهو الزكاة .

(٢) جاء في بدائع الصنائع : أما الظاهر فالإمام ونوابه وهم المصدقون من السعاة والعشار ولاية الأخذ والساعي هو الذي يسعى في القبائل ليأخذ صدقة المواشي في أماكنها ، والعاشر هو الذي يأخذ الصدقة من التاجر الذي يمر عليه والمصدق اسم جنس ، والدليل على أن للإمام ولاية الأخذ في المواشي والأموال الظاهرة : الكتاب والسنة والإجماع . وإشارة الكتاب فقوله تعالى ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً ﴾ وأما السنة : فإن رسول الله ﷺ كان يبعث المصدقين إلى أحياء العرب والبلدان والأوقاف لأخذ الصدقات من الأنعام والمواشي في أماكنها وعلى ذلك فعل الأئمة ومن بعد الخلفاء الراشدون وعليه إجماع الصحابة ﷺ . انظر : بدائع الصنائع (٣٥/٢) ، حاشية ابن عابدين (٣١٢/٢) .

(٣) هي الأنعام وسائر المواشي والحبوب والأمتعة ؛ لأنها لا تستر في العادة بل تكون ظاهرة . قال الشيرازي في المهذب : « أما الأموال وهي المواشي والزروع والثمار والمعادن ففي زكاتها قولان : قال في القديم : يجب دفعها إلى الإمام فإن فرقها بنفسه لزمه الضمان لقوله ﷺ ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا ﴾ (التوبة : ١٠٣) ولأنه مال للإمام فيه حق المطالبة فوجب الدفع إليه كالخراج والجزية . وقال في الجديد يجوز أن يفرقها بنفسه ؛ لأنها زكاة فجاز أن يفرقها بنفسه كزكاة المال الباطن .

(٤) سورة التوبة : الآية ١٠٣ .   (٥) ساقطة من (م) ، (ع) .

المفروض له وهذا خلاف القرآن .

٢٠٢١٠ – فإن قيل : العامل يستحق بعمله فإذا لم يعمل كالقاضي يستحق النفقة وإن اصطلحوا [١] الخصوم ولم يرتفعوا إليه فلا يقال أنه يستحق بعمله فإذا لم يعمل لم يستحق .

٢٠٢١١ – قلنا : إن أبا بكر الصديق قاتل الناس على منع الزكاة وقال : « لو منعوني عناقًا وروى عقالًا كانوا يؤدونه إلى رسول الله ﷺ لقاتلتهم عليه » [٢] وهذا بحضرة الصحابة من غير نكير ، فدل أن حقه ثابت في المطالبة .

٢٠٢١٢ – فإن قيل : إنما قاتلهم بالردة ومنع الزكاة .

٢٠٢١٣ – قلنا : علق القتال بمنع الزكاة منه ، ولم يقل لو منعها الفقراء .

٢٠٢١٤ – قالوا : وجب تعليق الحكم بالعلة .

٢٠٢١٥ – ولأن في [٣] العرب من لم يجحد الزكاة وإنما امتنع من دفعها إلى غير النبي ﷺ وقال : قد كان يدعو لنا .

٢٠٢١٦ – وقد قاتل الجميع فدل على ثبوت حق المطالبة للإمام .

٢٠٢١٧ – ويدل عليه قوله ﷺ لمعاذ [٤] « أعلمهم أن الله افترض عليهم حقًا في أموالهم يؤخذ من أغنيائهم ويرد على فقرائهم » [٥] فدل على أن هذا الحق ثبت فيه فلا بد في المطالبة والصرف .

٢٠٢١٨ – ولأنه قول الإمام المطالبة وصرفه إلى المسلمين فلا يجوز لمن وجب عليه إخراجه بنفسه كأهل الذمة إذا دفعوا الجزية إلى الإمام .

٢٠٢١٩ – ولأنه [٦] حق الله تعالى علقه بالمال الظاهر وكان استيفاؤه إلى الإمام

---

(١) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٢) أخرجه البخاري بلفظ : « والله لو منعوني عناقًا » كتاب الزكاة باب وجوب الزكاة (٥٠٧/٢) ، برقم ١٣٣٥ ، ومسلم بلفظ : « عقالًا » في كتاب الإيمان باب الأمر بقتال الناس حتى يقولوا : لا إله إلا الله (٥١/١) ، ٥٢ برقم ٢٠ .

(٣) ساقطة من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٤) ساقطة من (ع) .

(٥) متفق عليه أخرجه البخاري في كتاب الزكاة باب وجوب الزكاة (٥٠٦/٢) برقم ١٣٣١ ، ومسلم في كتاب الإيمان باب الدعاة إلى الشهادتين وشرائع الإسلام (٥٠/١ ، ٥١) برقم ٢٩ ، ٣١ .

(٦) ساقطة من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

كالخراج والعشر .

٢٠٢٢٠ - ولأنه دفع الزكاة إلى من لا يثبت له حق المطالبة بها فلم يسقط ذلك حق الإمام كما لو دفعها إلى غني [١] باجتهاد .

٢٠٢٢١ - ولأن الإمام يلي على الفقراء ، لأن التصرف لا يصح من جماعتهم لكثرتهم فولي الإمام عليهم في حقوقهم فجميع المسلمين يلي الإمام عليهم في حقوقهم وإن كانوا أهل رشد لأنهم لا يقدرون على التصرف لكثرتهم وإذا ثبت له ولاية عليهم لم يجز قبضهم إلا بتولية في الدفع كالوصي العالى على اليتيم .

٢٠٢٢٢ - ولأنه [٢] مال للإمام أن يطالب به بحق المسلمين كالخراج والجزية .

٢٠٢٢٣ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ إِن تُبْدُوا الصَّدَقَاتِ فَنِعِمَّا هِيَ وَإِن تُخْفُوهَا وَتُؤْتُوهَا الْفُقَرَاءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ ﴾ [٣] .

٢٠٢٢٤ - والجواب : أن هذه الآية وردت في صدقة النافلة التي إخفاؤها أولى من إظهارها فأمّا الفريضة فإظهارها أولى وهذه [٤] كالصلاة يستحب إظهار الفرض في الجماعات ويستحب إخفاء النوافل وفعلها في البيوت .

٢٠٢٢٥ - وقولهم : إن إخفاء الفرض أفضل غلط ؛ لأن النبي ﷺ طالب بالصدقات وبعث السعاة عليها .

٢٠٢٢٦ - ولا يجوز أن يدعو إلى ترك الفضيلة فعلم أن الإظهار أولى .

٢٠٢٢٧ - فإن قيل : الآية تقتضي جواز التفريق والفضيلة دلت الدلالة على إسقاط أحدهما وبقي الآخر .

٢٠٢٢٨ - قيل له : فأنتم حملتم اللفظ على العموم في الصدقة والفريضة والنافلة وخصصتم اعتبار الفضيلة .

٢٠٢٢٩ - ونحن حملنا الآية على النافلة ونفينا ظاهر الآية من غير تخصيص فتساوينا ووقف استدلالكم .

٢٠٢٣٠ - قالوا : مال يخرج على سبيل الطهر فوجب أن يكون لمن وجبت عليه أن يتولى تفرقته بنفسه كالكفارات .

---

(١) في (م) ، (ع) : [غير] .
(٢) في (م) ، (ع) : [ولا] .
(٣) سورة البقرة : الآية ٢٧١ .
(٤) في (م) ، (ع) : [وهذا] .

٢٠٢٣١ – قلنا : لا يمتنع أن يكون طهره دار [1] ووقف على الإمام كالحدود والمعنى في الكفارات أن الإمام لا يملك المطالبة بها فلم يقف أداؤها عليه فلما ملك المطالبة بالزكاة وقف سقوط فرضها على قبضه .

٢٠٢٣٢ – قالوا : كل من كان له صرف زكاة المال الظاهر إليه كالإمام .

٢٠٢٣٣ – قلنا : المعنى في الإمام أن له قبض الجزية وصرفها إلى مستحقها فملك قبض الزكاة . وغير المولى لا يملك قبض الجزية فلم يملك [2] قبض الزكاة إلا بإذن الإمام وتوليته .

٢٠٢٣٤ – قالوا : حق يخرج باسم الزكاة [وغير المولى لا يملك] [3] فكان لرب المال أن يتولى تفرقته بنفسه كزكاة المال الباطنة .

٢٠٢٣٥ – قلنا : المعنى في زكاة المال الباطني أنه يشق على أرباب الأموال فتبع المصدقين لأموالهم ، فقاموا الإمام في التفرقة للمشقة ولهذا إذا طهر المال ونقل من بلد إلى بلد أخذ العامل زكاته وهذه المشقة غير موجودة في المال الظاهر فكان حق القبض إلى الإمام .

٢٠٢٣٦ – فإن قيل : لو كان صاحب المال يؤدي الزكاة بتوكيل الإمام جاز عزله .

٢٠٢٣٧ – قلنا : وكلهم [4] عثمان بن عفان لمعنى . وهذه المشقة تلحقهم ، فكيف يجوز [5] أن يعزلوا مع بقاء المعنى الموجب للتوكيل في مصلحة المسلمين ؟ .

٢٠٢٣٨ – فإن قيل : كيف يجوز أن يفوض الإمام إخراج الزكاة إلى الفاسق ؟ وصاحب المال قد يكون فاسقًا .

٢٠٢٣٩ – قلنا : الفاسق يمنع من توليته للتهمة وهو لا يتهم هاهنا .

٢٠٢٤٠ – لأنه إن دفعها إلى مستحقها سقط فرضه وإن لم يخرجها لم يسقط الفرض عنه .

٢٠٢٤١ – قالوا : كل من وجب عليه حق وكان له دفعه إلى غيره ليصرفه إلى مستحقه كمن عليه دين .

٢٠٢٤٢ – قلنا : يبطل بأهل الذمة إذا دفعوا الجزية إلى المجاهدين لم يجز ولو دفعوها

---

(١) ساقطة من (ص) .
(٢) في (م) : [يقبض] .
(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) .
(٤) في (م) ، (ع) : [يكلهم] .
(٥) ساقطة من (م) ، (ع) .

إلى الإمام ودفعها إليهم جاز .

٢٠٢٤٣ - فإن قالوا : وصل الحق إلى مستحقه [جاز له دفعه بنفسه إلى مستحقه] (١) .

٢٠٢٤٤ - قلنا : يبطل بالجزية وتغريم اليتيم [إذا دفع الدين إلى اليتيم] (٢) .

٢٠٢٤٥ - فإن قالوا : الإمام له رأى في الجزية يصرفها فيما يرى من المصلحة .

٢٠٢٤٦ - قلنا : وكذلك للإمام (٣) رأي في الفقر أنه يزيد واحد أو (٤) ينقصه آخر .

٢٠٢٤٧ - فإن قالوا : اليتيم ليس من أهل الرشد .

٢٠٢٤٨ - قلنا : والفقراء مولى عليهم لأنهم لكثرتهم لا يقدرون على التصرف في مصالحهم [فولي عليهم] (٥) كما يلي الإمام على جماعة المسلمين في حقوقهم ؛ لأنهم لكثرتهم لا يقدرون على النظر فيها .

* * *

(١ ، ٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [الإمام] . (٤) في (م) ،

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدرك في الهامش .

دفع زكاة المال إلى صنف واحد

٢٠٢٤٩ – قال أصحابنا : إذا دفع الرجل زكاة ماله إلى صنف واحد جاز والأصناف المذكورة في الآية جهة التصرف وإلى أيها دفع الزكاة جاز (١) .

٢٠٢٥٠ – وقال الشافعي : الزكاة حق لجماعتهم فإذا أدى الرجل لم يكن له يد من استيفاء (٢) الأصناف فقسم صدقته على سبعة أصناف (٣) .

٢٠٢٥١ – لأن العامل لا يستحق ما لم (٤) يعمل ويدفع كل قسم إلى ثلاثة من الأصناف فإن اقتصر على صنف واحد من نصيب الباقين وإن لم يوجد بعض الأصناف فسقط حكمه ووجب أن يقسم الصدقة على بقيتهم (٥) .

٢٠٢٥٢ – لنا : قوله تعالى : ﴿ وَفِيٓ أَمۡوَٰلِهِمۡ حَقٌّ لِّلسَّآئِلِ وَٱلۡمَحۡرُومِ ﴾ (٦) والحق هو الزكاة وقد (٧) أضافه إلى صنفين فدل على أنه يجوز دفع جميعه إليهما .

٢٠٢٥٣ – ويدل عليه قوله ﷺ : « أمرتُ أن آخذ الصدقة من أغنيائكم وأردها في فقرائكم » (٨) فأخبر أنه مأمور بردها في صنف واحد فقال لمعاذ : أعلمهم (٩) أن الله افترض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد على فقرائهم (١٠) .

٢٠٢٥٤ – وهذا يدل على جواز الاقتصار على صنف واحد فإن قيل إنما قصد بها

---

(١) قال الإمام المرغيناني : فهذه جهات الزكاة وللمالك أن يدفع إلى كل واحد منهم وله أن يقتصر على صنف واحد . انظر : الهداية (١١٣/١) وقال الإمام الكاساني : ولو صرف إلى واحد من هؤلاء الأصناف يجوز عند أصحابنا . انظر : بدائع الصنائع (٤٦/٢) .

(٢) في (م) : [الاستيفاء] .

(٣) قال الإمام الشيرازي : « ويجب أن يسوي بين الأصناف في السهام ولا يفضل صنف على صنف ؛ لأن الله تعالى سوّى بينهم والمستحب أن يعم كل صنف إن أمكن وأقل ما يجزئ به أن يدفع إلى ثلاثة من كل صنف على سبعة أصناف لكل صنف سهم » انظر : المهذب (١٧٣/١) .

(٤) في (م) ، (ع) : [فلم] .

(٥) في (م) ، (ع) : [أنفسهم] .

(٦) سورة الذاريات : الآية ١٩ .

(٧) في (م) ، (ع) : [فقد] .

(٨) متفق عليه من حديث ابن عباس ، سبق تخريجه .

(٩) في (م) ، (ع) : [اعلم] .

(١٠) سبق تخريجه من حديث ابن عباس وهو متفق عليه

أن [1] يبين أنه لا حق لهم في الصدقات وإنما هي مردودة في المسلمين .

٢٠٢٥٥ - قلنا : بل المقصود منها بيان جهة الاستحقاق وجواز / الصرف إلى هذا قليل .

٢٠٢٥٦ - وروى عطاء عن سعيد بن جبير عن علي وابن عباس قالا : « إذا أعطى الرجل الصدقة صنفًا واحدًا من الأصناف الثمانية أجزأه » [2] .

٢٠٢٥٧ - وروي مثل ذلك عن عمر بن الخطاب وحذيفة وعن سعيد بن جبير وإبراهيم وعمر بن عبد العزيز وابن العالية .

٢٠٢٥٨ - وروى الثوري عن إبراهيم بن ميسرة [3] عن طاووس عن معاذ بن جبل « أنه كان يأخذ من أهل اليمن العروض والزكاة ويجعلها في صنف واحد من الناس ولا يعرف له مخالف في السلف فصار ذلك إجماعًا » [4] .

٢٠٢٥٩ - لا يسع خلافه ذكر هذه الأخبار أبو بكر الرازي في أحكام القرآن .

٢٠٢٦٠ - ولأنها صدقة واجبة فجاز صرفها إلى صنف واحد كالكفارة .

٢٠٢٦١ - ولأن من جاز صرف الزكاة عليه جاز صرفها إليه كالأصناف فإن المعنى في الكفارات وجوبها لا يعم فلم يعم تصرفها والزكاة تعم وجوبها فعم صرفها .

٢٠٢٦٢ - قلنا : صلاة الجنازة لا يعم وجوبها وصلاة الفرض يعم وجوبها وجهة أدائها واحدة ثم الزكاة يعم وجوبها فلا يجب تعميم الفقراء بها ولكنهم جهة كذلك الأصناف .

٢٠٢٦٣ - ولا يجب تعميمهم بها وإن كانوا جهة للأداء .

٢٠٢٦٤ - ولأن الإمام يجوز له صرف صدقة الواحد إلى صنف واحد كذلك يجوز لرب المال صرفه إلى من يصرفه [5] الإمام إليه ؛ لأنه قائم في التصرف مقامه .

---

(١) في (م) ، (ع) : [أنه] .

(٢) انظر : السنن للبيهقي (٨٠٧/٧) ، كتاب قسم الصدقات باب : من جعل الصدقة في صنف واحد من هذه الأصناف ، والأموال لأبي عبيد بن سلام ص٧٦١ : ٧٦٣ .

(٣) هو : إبراهيم بن ميسرة الطائفي الفقيه نزيل مكة ، حدث عن : أنس بن مالك وعمرو بن الشريد ، وطاووس وغيرهم ، وحدث عنه : شعبة وابن جريج وسفيان الثوري وسفيان بن عيينة ، قال ابن المديني : له نحو ستين حديثًا وقال أحمد بن حنبل ويحيى : ثقة ، توفي قريبًا من سنة اثنتين وثلاثين ومائة . انظر : سير أعلام النبلاء (٣٤٥/٦ - ٣٤٦) .

(٤) انظر : أحكام القرآن للجصاص (٢٤٠/٣) ، دار الفكر .

(٥) في (م) ، (ع) : [يصرفها] .

٢٠٢٦٥ – ولأن من جاز للإمام صرف زكاة الواحد إليه جاز للواحد صرفها إليه أصله كأصناف

٢٠٢٦٦ – فإن قيل : الإمام يملك الدفع إلى الجماعة فهو يخص صنفًا واحدًا لصدقة واحدة ثم يصرف إلى الصنف الآخر صدقة أخرى .

٢٠٢٦٧ – لأنه يملك القسمة وصاحب المال لا يملك القسمة وهذا كما يملك الإمام قسمة الغنيمة فتفرد الواحد بغير منها .

٢٠٢٦٨ – وإن كان الواحد لا يملك [١] أن ينفرد بأحدهما .

٢٠٢٦٩ – قلنا : لو كان الإمام يدفع على القسمة لاعتبر فيه التعديل كما يعتبر في الغنيمة ولما لَمْ يعتبر التعديل دلَّ على أن ذلك ليس هو على وجه القسمة .

٢٠٢٧٠ – احتجوا بقوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ ﴾ [٢] .

٢٠٢٧١ – قالوا : ومتى أضيف ما يملك إلى [٣] من يصح أن يملك كانت اللام لذلك كقوله هذه الدار لزيد وعمرو .

٢٠٢٧٢ – والجواب : أن اللام في اللغة لا تفيد أكثر من الاختصاص قال الله تعالى : ﴿ أَنَّ لَهُمُ ٱلنَّارَ ﴾ وقال ﴿ وَلَهُمۡ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾ [٤] وقوله : ﴿ وَٱلطَّيِّبَٰتُ لِلطَّيِّبِينَ ﴾ [٥] وقد يكون الاختصاص ملكًا وقد يكون غير ملك وعندنا الاختصاص وهو أن في هذه الجهات يختص الصرف فيها ولا يجوز أن يتعداها إلى [٦] غيرها .

٢٠٢٧٣ – فإن قيل : ظاهر الإضافة الملك بدلالة قولنا هذه الدار لزيد .

٢٠٢٧٤ – قلنا : الإقرار محمول على العرف والكلام في مقتضى اللفظ في اللغة وقد بينا أن اللام في اللغة لا تفيد الملك [٧] فلا معنى للاستدلال بحكم الإقرار في الشرع . وبين ذلك أن الآية لو أفادت ما قال مخالفًا لوجب تعميم كل صنف حين الصدقة .

٢٠٢٧٥ – لأن الإضافة إلى جميعهم فلما جاز أن يقتصر على بعض الصنف دون بعض دل على أن الأصناف كما بينا من [٨] ثبوت الإضافة لو اقتضت التمليك حتى

(١) ساقطة من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٢) سورة التوبة : الآية ٦٠ .

(٣) ساقطة من صلب (ص)، واستدركت في الهامش .

(٤) سورة النور : الآية ٢٦ .

(٥) سورة البقرة : الآية ١٧٦ .

(٦ ، ٧) ساقطة من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٨) ساقطة من (م) ، (ع) .

تجب التسوية بين الأصناف لوجب أن يستوي بين آحاد كل صنف .

٢٠٢٧٦ - فلما جاز أن يفضل بعض الفقراء على بعض كذلك يجوز أن يجعل بعض الأصناف [على بعض] [1] .

٢٠٢٧٧ - وأما قولهم : أن الإضافة إذا حصلت فيما يملك إلى من يصح أن يملك أفادت التمليك فهو الدليل عليهم .

٢٠٢٧٨ - لأن الإضافة حصلت إلى من لا يحصى وإلى من يوجد من الفقراء إلى [2] قيام الساعة وهؤلاء لا يصح أن يملكوا الصدقة فقد حصلت الإضافة إلى من صح أن يملك فلم تكن للتمليك .

٢٠٢٧٩ - كقولنا سرج الدابة وقبض العبد .

٢٠٢٨٠ - قالوا : ذكر الله تعالى في الآية الفقراء والمساكين وكل واحد منهما يغني عنهما لأنه لو أوصى للفقراء جاز أن يعطى المساكين فلو كان الذكر ببيان جهة الصرف لاقتصر على أحدهما .

٢٠٢٨١ - قلنا : الفقير اسم عام يتناول المسكين ، والعرب تذكر العام فتؤكده بالخاص كقوله تعالى : ﴿ حَٰفِظُواْ عَلَى ٱلصَّلَوَٰتِ وَٱلصَّلَوٰةِ ٱلْوُسْطَىٰ ﴾ [3] وكقوله : ﴿ وَمَلَٰٓئِكَتِهِۦ وَرُسُلِهِۦ وَجِبْرِيلَ وَمِيكَىٰلَ ﴾ [4] فلما كان المسكينُ أشدَّ فقرًا من الفقير ذكره بعده تأكيدًا [5] له وتنبيهًا على الاهتمام به .

٢٠٢٨٢ - قالوا : قال الله تعالى : ﴿ فَرِيضَةً مِّنَ ٱللَّهِ ﴾ [6] والفريضة في اللغة : التقدير ، وفي الشرع الإيجاب .

٢٠٢٨٣ - قلنا : عندنا أن الله تعالى فرض الصدقات وخص بها هذه الأصناف حتى لا يجوز تجاوزهم إلى غيرهم وقدر ذلك لهم حتى لا يسوغ تعديهم فلم يكن لمخالفنا فيه دلالة .

٢٠٢٨٤ - قالوا : روى زياد بن الحارث الصُدائي [7] قال : « أتيت رسول الله ﷺ

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٢) ساقطة من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٣) سورة البقرة : الآية ٢٣٨ .

(٤) سورة البقرة : الآية ٩٨ .

(٥) سورة التوبة : الآية ٦٠ .

(٦) سورة النساء : الآية ١١ .

(٧) هو : زياد بن الحارث الصدائي ، له صحبة ، قدم على النبي ﷺ وأذن له في سفره وروى عنه : زياد بن=

وبايعته فأتاه رجل وقال أعطني من الصدقة فقال رسول الله ﷺ : « إن الله تعالى لم يرضَ بحكم نبي ولا غيره بالصدقات حتى حكم فيها هو فجزأها ثمانية أجزاء فإن كنت من تلك الأجزاء أعطيتك حقك » (١) .

٢٠٢٨٥ - فلما أخبر النبي ﷺ [أن الله تعالى جزأ جميع الصدقات أجزاء] (٢) .

٢٠٢٨٦ - قلنا : كذلك نقول ، والخلاف أن كل جزء منها يجب أن يقسم على تلك الأجزاء أم لا ؟ فليس وجب صرف الصدقات إلى الأصناف ما يجب أن يصرف كل جزء منها إلى جميع ذلك كما أن الصدقات يجب أن يستغرق نصيبها الفقراء وأما قوله : « إن كنت منهم أعطيتك حقك » .

٢٠٢٨٧ - فهذا يدل أن الواحد من الفقراء أحق وكذلك نقول : إن له حق في جواز الصرف إليه فأما الوجوب فلا يقوله أحد ألا ترى أن رب المال له أن يعدل تركاته عن آحاد الفقراء إلى غيرهم .

٢٠٢٨٨ - قالوا : مال مضاف إلى أصناف شرعًا فكانت إضافة استحقاق وتمليك لا محل كالخمس من الفيء والغنيمة .

٢٠٢٨٩ - قلنا : لا فرق بينهما لأن الخمس جهة صرف إلى الأصناف بمعنى : الآية لا يجوز أن يصرف إلى غيرهم ولو اقتصر الإمام على جنس منهم جاز كما لو اقتصر على عدد منهم جاز فلم يجز استغراق جميع الخمس فهو كاللام لا فرق بينهما .

٢٠٢٩٠ - قالوا : الفقراء صنف من أهل الصدقات فلا يجوز [دفع الزكاة إليه] (٣) الزكاة مع القدرة على غيره كالعاملين .

٢٠٢٩١ - قلنا : العاملين يسقط حقهم مع القدرة عليهم .

٢٠٢٩٢ - ألا ترى أنهم (٤) إذا لم يعملوا أخر أرباب الأموال الصدقة إلى الإمام

= نعيم الحضرمي وروى له : أبو داود والترمذي وابن ماجه طرفًا من حديثه الطويل وقد وقع لنا بطوله عاليًا . انظر : تهذيب الكمال (٩/٤٤٥ : ٤٤٩) .

(١) رواه أبو داود في كتاب الزكاة باب من يعطس الصدقة وحد الغنى (٢/١١٧) برقم ١٦٣٠ .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، واستدرك في الهامش .

فقد قال تعالى : ﴿ إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ وَٱلۡمَسَٰكِينِ وَٱلۡعَٰمِلِينَ عَلَيۡهَا وَٱلۡمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمۡ وَفِي ٱلرِّقَابِ وَٱلۡغَٰرِمِينَ وَفِي سَبِيلِ ٱللَّهِ وَٱبۡنِ ٱلسَّبِيلِۖ فَرِيضَةٗ مِّنَ ٱللَّهِۗ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٞ ﴾ (التوبة : ٦٠)

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) . (٤) ساقط من (ص) .

ففرقها لم يستحقوا فلما جاز أن يسقط حقهم مع قيام الوجوب جاز أن يخصوا بها ولأن العامل يستحق جزءًا منها لقيامه مصالح المسلمين فلا يجوز أن يعود تصرفها .

٢٠٢٩٣ - قالوا : مال يجعل الأصناف بأوصاف بلفظ يوجب الجمع والتشريك فلا يجوز تخصيص بعضهم به كما لو أوصى بثلث ماله إلى الفقراء والفقهاء والقرابة كفقراء بني هاشم .

٢٠٢٩٤ - قلنا : لا يخلو أن يكون كل طائفة من هؤلاء تحصى [ولا تحصى] [1] .

٢٠٢٩٥ - فإن كانوا يحصون فالإضافة للتمليك فلا يجوز أن يخصص صنف منهم كما لا يجوز أن يخصص عدد منهم بل يجب استغراق جميعهم وإن كانوا لا يحصون فهو مسألتنا ويجوز أن يقتصر على كل صنف منهم .

٢٠٢٩٦ - كما يجوز أن يقتصر على عدد من كل صنف دون سائرهم كما لو قال أوصيت بثلث مالي لعبد لم يجز صرفه إلى غيره .

٢٠٢٩٧ - كذلك إذا قال لفقراء الفقهاء وهم لا يحصون لم يجز أن تعمم وجاز أن يقتصر على بعضهم كذلك إذا ذكر أصنافًا لم يجب أن يستغرقهم ويكون فائدة التخصيص في قوله : فقراء الفقهاء أنه لا يتعداهم ثم لا فرق عندنا بين الوصية والزكاة .

٢٠٢٩٨ - لأنه إذا قال وصيت بثلث مالي لفقراء الفقهاء وجب صرف جميع الثلث إليهم . كذلك عندنا يجب صرف جميع الصدقات إلى الأصناف والخلاف بيننا في صرف صدقة الواحد فأما جملة الصدقات فتصرف إليهم كالوصية .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

مسألة ١٠١٦

تصرف الصدقة لأهل البلد

٢٠٢٩٩ - قال أصحابنا : الأولى أن تصرف صدقة كل بلد لأهل بلده ولا تنقل عنها إلا أن يكون النقل إلى قوم هم [إليها أحوج] (١) إليها أو ينقل الرجل الزكاة إلى ذوي أرحامه فإن نقل الزكاة لغير هذين الوجهين كره ذلك وأجزأه (٢) .

٢٠٣٠٠ - وهو أحد قولي الشافعي .

٢٠٣٠١ - وقال في القول الآخر لا يجزيه وعليه الاعتماد (٣) .

٢٠٣٠٢ - لنا : قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ وَٱلۡمَسَٰكِينِ ﴾ (٤) وهذا عام في جميع الفقراء وقال ﴿ وَفِيٓ أَمۡوَٰلِهِمۡ حَقّٞ لِّلسَّآئِلِ وَٱلۡمَحۡرُومِ ﴾ (٥) .

٢٠٣٠٣ - وقال النبي ﷺ : « أمرت أن آخذ الصدقة من أغنيائكم وأردها في فقرائكم » (٦) وهذا خطاب للمسلمين فكأنه قال وأردها في فقراء المسلمين وهو عام .

٢٠٣٠٤ - فإن قيل : نقل الصدقة مكروه عندكم فكيف يحمل عليه الظاهر ؟ قلنا لا يكره النقل عندنا إلى من هو أحوج ولا إلى ذي الرحم فيستدل بالظاهر في جواز النقل في هذين الموضعين وهو خلاف قولهم .

٢٠٣٠٥ - فيدل عليه ما روى ابن طاووس أن معاذ قال لأهل اليمن : « ائتوني

---

(١) في (ع) : [أحوج إليها] .

(٢) جاء في المبسوط : وما أخذ من صدقات بني تغلب وضع موضع الخراج لما روي أن ما أخذ من صدقات أصل بلد رد على فقرائهم كما أمر به رسول الله ﷺ معاذ بن جبل ﷺ ، وحكى ابن المبارك عن أبي حذيفة - رحمهما الله - قال : لا تخرج الزكاة من بلد إلى بلد إلا لذي قرابة وقد مرّ بنا هذا . انظر المبسوط للسرخسي (١٨/٣) ، الهداية : (١١٥/١) .

(٣) قال الإمام الشيرازي في المهذب : « ويجب صرف الزكاة إلى الأصناف في البلد الذي فيه المال ، فإن نقل لأصناف في بلد آخر فيه قولان : أحدهما : يجزئه لأنه من أهل الصدقة فأشبه أصناف البلد الذي فيه المال . والثاني : لا يجزئ لأنه حق واجب لأصناف بلد فإذا نقل عنهم إلى غيرهم لا يجزئه كالوصية بالمال لأصناف بلد . انظر : المذهب (١٧٣/١) . وقال في مغني المحتاج : « والأظهر منع نقل الزكاة ولو عدم الأصناف في البلد وجب النقل » انظر : مغني المحتاج (١١٨/٣) .

(٤) سورة التوبة : الآية ٦٠ .

(٥) سورة الذاريات : الآية ١٩ .

(٦) سبق تخريجه .

الخميس [1] واللبيس [2] آخذه منكم في الصدقة مكان الذرة والشعير فإنه أيسر عليكم وأنفع لمن بالمدينة من المهاجرين والأنصار » [3] فأخبر أنه ينقل الصدقة إلى المدينة وإن كان في زمن أبي بكر فهو إجماع .

٢٠٣٠٦ - ولا يقال : أن هذا كان في الجزية ؛ لأنه قال في الصدقة والجزية ليست بصدقة .

٢٠٣٠٧ - ولأن الجزية باليمن كانت دنانير قال [ﷺ] [4] لمعاذ : « خذ من كل حالم وحالمه دينارًا » [5] فكيف يأخذ ؟ / الذرة والشعير وقولهم إن جزية بني تغلب تسمى صدقة ؛ لأن تسمية بني تغلب لا يعتبر بها .

٢٠٣٠٨ - وقد قال عمر : « هذه جزية قسموها ما شئتم » [6] .

٢٠٣٠٩ - فإن قيل : من أين أنهم أعطوه ؟ ومن أين لنا أن نغل ؟ حتى تثبت الحجة بترك الإنكار .

٢٠٣١٠ - قلنا : روى ابن طاووس « أن معاذًا كان يأخذ عروضًا في الصدقة » [7] .

٢٠٣١١ - فدل أنه أخذها فالظاهر أنه نقلها كما أخبر .

٢٠٣١٢ - فإن قيل : النبي ﷺ أمره أن يفرقها فيهم . فكيف ينقلها .

٢٠٣١٣ - قلنا : فهم من النبي [ﷺ] [8] أن النقل يمنع منه إلا أن يكون غيرهم أحوج كما قال مخالفنا : أن النقل جائز إذا لم يوجد في البلد مستحق .

٢٠٣١٤ - فإن قيل : روي أن معاذًا قال : « من انتقل بصدقته من خلاف

---

(١) هو : ثوب طوله خمسة أذرع . انظر : المغرب ص١٥٤

(٢) هو : الصغير من الثياب . انظر : المغرب ص١٥٤

(٣) رواه البخاري معلقًا في صحيحه كتاب الزكاة باب العرض في الزكاة (٥٢٥/٢) ، والبيهقي في السنن الكبرى (١١٣/٤) ، وأبو بكر الجصاص في أحكام القرآن (٢٠١/٣) ، تفسير سورة براءة باب من لا يجوز أن يعطى من الزكاة من الفقراء ؟ .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقطة من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٥) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٢٣٣/٥) ، وأبو داود في كتاب الخراج والإمارة والفيء باب في أخذ الجزية (١٦٧/٣) ، برقم ٣٠٣٨ .

(٦) انظر : نصب الراية (٣٦٣/٢) .

(٧) سبق تخريجه .

(٨) ما بين المعكوفتين في (م) ، (ع) : [ﷺ] .

عشيرته ﴾ (١) [إلى غير خلاف عشيرته فصدقته مردودة في خلاف عشيرته] (٢) .

٢٠٣١٥ - قلنا : هذا دليل عليكم لظاهره يقتضي كونه في عشيرته وإن كانوا في غير موضع ماله .

٢٠٣١٦ - ويدل عليه ما روي أن عدي بن حاتم (٣) ﴿ نقل صدقة طيئ (٤) إلى قومها من بلاد طيئ وبلاد بني تميم (٥) إلى أبي بكر الصديق ، فاستعان بها على قتال أهل الردة ﴾ (٦) ، وهذا يدل من فعل رسول الله ﷺ وأبي بكر على جواز النقل .

٢٠٣١٧ - فإن قيل : يحتمل ألا يكون هناك مستحق .

٢٠٣١٨ - قلنا : يبعد أن تكون طيئ وبنو تميم وهما قبيلتان عظيمتان لا يوجد فيهما مستحق للصدقة وحمل الفعل على ما يبعد في الظاهر كحمله على ما يستحيل .

٢٠٣١٩ - ولأنها صدقة الغير فلم تختص بفقراء بقعة بعينها كالكفارات ولأن الدفع صادف الفقير فصار كما لو دفعها إلى فقراء البلد الذي وجبت فيه .

٢٠٣٢٠ - ولأن من جاز الدفع إليه إذا كان في غيره كما لو لم يجد في بلده مستحقًا .

---

(١) رواه الشافعي في الأم (٧١/٤) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٩/٧) ، والنووي في المجموع (٤٠٥/٥) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) هو : عدي بن حاتم بن عبد الله بن سعد بن الحشرج بن امرئ القيس بن عدي الأمير الشريف أبو وهب وأبو ظريف صاحب النبي ﷺ ولدُ حاتم طيئ الذي يضرب بجوده المثل وفد على النبي ﷺ وسط سنة سبع فأكرمه واحترمه وله أحاديث . روى عنه : الشعبي ومحل بن خليفة وسعيد بن جبير وخيثمة بن عبد الرحمن وآخرون ، وكان أحد من قطع برية السماوة مع خالد بن الوليد إلى الشام وقد وجهه خالد بالأخماس إلى أبي بكر الصديق ، نزل الكوفة مدة ثم قرقيسيا من الجزيرة توفي سنة ٦٨هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٣١٥/٤ : ٣١٧) .

(٤) طيئ : بفتح الطاء وتشديد الياء وهمزة في الآخر قبيلة من كهلان والنسبة إلى طائي وكانت منازلهم باليمن فخرجوا على أثر خروج الأزد ونزلوا سميرًا وقبل في جوار بني أسد افترقوا في أول الإسلام في الفتوحات قال ابن سعيد : بلادهم الآن أمم كثيرة تملأ السهل والجبل حجازًا وشامًا وعراقًا هم أصحاب رئاسة في العرب إلى الآن بالعراق والشام ، منهم بطون . انظر : سبائك الذهب في معرفة قبائل العرب ص١٢٥ .

(٥) يقال لبني تميم الأبناء وهم بطن من قيس بن عجلان ، ليس لهم الآن عدد ولا بقية في بلادهم وفيهم الأبطال الأنجاد والخيل والجياد قال في العبر قد استولوا على إقليم عظيم طويل متسع الأطراف قد ضربوا مدنه ولم يتركوا بها ولاية ولا امرأة إلا مشايخهم . انظر : سبائك الذهب في معرفة قبائل العرب ص١٢٤ .

(٦) انظر : القصة في السنن الكبرى للبيهقي (١٠/٧) ، ومعرفة السنن والآثار للبيهقي (٣٢٢/٩) ، وأحكام القرآن للجصاص (٢٠١/٣) .

٢٠٣٢١ - ولأنه يجوز صرفها في فقراء مكان وجوبها فجاز نقلها إلى غيرهم ، كما لو نقل من نواحي المصر إلى المصر .

٢٠٣٢٢ - وهذا أصل مسلم لأن المصدقين كانوا يحملون الزكاة إلى النبي ﷺ إلى المدينة فتأهل ذلك المخالف وقال : يجوز من سواد المصر ونواحيه إلى المصر .

٢٠٣٢٣ - احتجوا : بحديث ابن عباس أن النبي ﷺ بعث معاذًا إلى اليمن وقال : « ادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله فإن أجابوك فأعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم » (١) .

٢٠٣٢٤ - والكناية ترجع إلى مذكور مقدم وهم أهل اليمن ، فدل على أن صدقتهم تجب وضعها فيهم ، وهذا يمنع نقلها إلى غيرهم من غير إقليمهم .

٢٠٣٢٥ - والجواب : أن الخبر يقتضي أن (٢) صدقة أهل اليمن في فقراء أهل اليمن سواء كانوا باليمن أم بالمدينة .

٢٠٣٢٦ - وعند مخالفنا لا يجوز النقل إلى فقير يمني إذا كان قد خرج من إقليم اليمن وصار الخبر حجة عليهم من هذا الوجه ويدل ظاهر الخبر على جواز نقل الصدقة من بعض بلاد اليمن إلى نفسها .

٢٠٣٢٧ - وهذا خلاف قولهم ، فالخبر مشترك الدليل وكل من جوز النقل إلى فقير من أهل اليمن قال أن تخصص (٣) الصدقة بأهل اليمن استحباب .

٢٠٣٢٨ - فإن قالوا : إن ظاهر الخبر أن النقل لا يجوز إلى إقليم آخر لأجنبي وكل من منع هذا ، قال لا يجوز النقل من اليمن إلى غيره ، فلم يكن ذلك .

٢٠٣٢٩ - قلنا : نحن لا نسقط واحدًا منهم ، بل نحمله على ما يتناوله النص على الفضيلة وكالاستحباب وما تناوله العموم على الجواز ، وذلك أولى من استعمال أحدهما وإسقاط الآخر .

٢٠٣٣٠ - قالوا : صدقة مأمور بتفرقها في أهل بلد فوجب أن لا يجزيه تفرقها في بلد آخر كما لو أوصى بثلث ماله في فقراء أهل بلده .

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) ساقطة من (م) ، صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [تختص] .

٢٠٣٣١ - قلنا : هذا أصل غير مسلم .

٢٠٣٣٢ - قال أبو يوسف : يجوز صرفها إلى فقراء بلد آخر وليس عن أبي حنيفة خلاف ذلك .

٢٠٣٣٣ - قالوا : نقل الزكاة من بلد المال إلى غيره مع وجود المستحق فيه فوجب أن لا يحتسب بها عن فرضه كما لو نقل زكاة مال الظاهر ففرقها .

٢٠٣٣٤ - قلنا [١] : سقط فرضه فيما بينه وبين الله تعالى [٢] ، وإنما الإمام بنى عليه ، والتعليل للاحتساب الإمام .

٢٠٣٣٥ - ألا ترى أن الفرع زكاة مال الباطن فلا مدخل للإمام فيها .

٢٠٣٣٦ - فإن قالوا : أصله إذا نقلها فأعطاها فأعطاه أغنياء الغزاة .

٢٠٣٣٧ - قلنا : المعنى فيه أنه دفعها إلى غني يده ثابتة على ماله وليس كذلك إذا دفعها إلى فقير .

٢٠٣٣٨ - لأن الدفع صادف الفقير كأهل بلده .

٢٠٣٣٩ - قالوا : حقوق الله تعالى ضربان :

٢٠٣٤٠ - ضرب على الأبدان وضرب على الأموال فلما كان في الضرب الذي في الأبدان ما يختص بمكان دون مكان .

٢٠٣٤١ - قلنا : حقوق الأبدان إذا تعلقت بمكان لم يجز فعلها في غيره للضرورة ولما كانت الزكاة إذا وجبت في موضع جاز أداؤها في غيره إذا لم يوجد في موضع وجوبها مستحق على أنها لا تختص بالمكان ولأن [٣] حقوق الآدميين إذا وجبت بسبب معصية [جاز أن] [٤] تختص بمكان وكذلك لو وجبت بإيجاب الله تعالى لقال : إذا وجبت بسبب معصية وهي الكفارات لذلك وجب بإيجاب الله تعالى .

* * *

(١ ، ٢) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [لا] .

(٤) في (م) ، (ع) : [لم] .

مسألة ١٠١٧

من هو المسكين ؟

٢٠٣٤٢ – قال أصحابنا : المسكين الذي هو أسوأ حالًا من الفقير [(١)] .

٢٠٣٤٣ – وقال الشافعي : المسكين الذي له شيء والفقير الذي لا شيء له [(٢)] .

٢٠٣٤٤ – لنا : أن هذا قول الأئمة أهل اللغة السفراء بيننا وبين العرب الذي [(٣)] قولهم حجة .

٢٠٣٤٥ – قال يعقوب : في إصلاح المنطق ونقول : رجل فقير الذي له بُلْغَةٌ من العيش وهذا رجل مسكين الذي لا شيء له وقال في الألفاظ [(٤)] .

٢٠٣٤٦ – قال يونس : الفقير الذي له بعض ما يقيه والمسكين الذي لا شيء له .

٢٠٣٤٧ – قال أبو زيد : الفقير من الفقر فيه بقية من سبب لا لعمره ولا لعمر عياله وإذا جمع .

٢٠٣٤٨ – قال يونس وأبو زيد ويعقوب : وجب الرجوع إليه .

٢٠٣٤٩ – قال ابن دريد [(٥)] : المسكين الذي لا شيء له وربما جعل الناس المسكين

---

(١) جاء في المبسوط : « فالحاصل أن المذهب عندنا أن المسكين أسوأ حالًا من الفقير وعند الشافعي رحمه الله الفقير أسوأ حالًا من المسكين وبين أهل اللغة فيه اختلاف ومن قال بأن المسكين أسوأ حالًا قال الفقير الذي يملك شيئًا ولكن لا يعذبه ، والمسكين من لا يملك شيئًا ، ومن قال : الفقير أسوأ حالًا من المسكين قال المسكين من يملك مالًا يغنيه ، قال الله تعالى : ﴿ أَمَّا ٱلسَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَـٰكِينَ يَعْمَلُونَ فِى ٱلْبَحْرِ ﴾ . انظر : المبسوط (٨/٣) ، الهداية (١١٢/١) .

(٢) جاء في المهذب : وسهم للفقراء والفقير هو الذي لا يجد ما يقع موقعًا من كفايته فيدفع إليه ما تزول به حاجته من أداة يعمل بها إن كان فيه قوة أو بضاعة يتجر فيها حتى لو أحتاج إلى حال كثير للبضاعة التي تصلح له ويحسن التجارة فيها . والمسكين هو الذي يقدر على ما يقع موقعًا من كفايته إلا أنه لا يكفيه وقال أبو إسحاق : المسكين هو الذي لا يجد ما يقع موقعًا من كفايته فأما الذي يجد ما يقع موقعًا من كفايته فهو الفقير . انظر : المهذب (١٧/١) ، الوجيز (٢٩٢/١) .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٤) انظر : إصلاح المنطق ص٣٢٦ ، تحقيق عبد السلام هارون ، أحمد محمد شاكر ، دار المعارف ط ٣ .

(٥) هو : ابن دريد العلامة شيخ الأدب أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد بن عتاهة الأزدي البصري صاحب التصانيف تنقل في فارس وجزائر البحر يطلب الآداب ولسان العرب ، فاق أهل زمانه ثم سكن بغداد وكان أبوه رئيسًا متمولًا حدث عن : أبي حاتم السجستاني وأبو الفضل الرياشي ابن أخي الأصمعي =

في غير موضعه فيجعلونه الفقير .

٢٠٣٥٠ - قال أبو عبيدة معمر بن المثنى [(١)] : ليس كذلك لأن الفقير له شيء وإن كان قليلًا والمسكين الذي لا شيء له .

٢٠٣٥١ - وقد اتفق أبو عبيدة مع ابن دريد ويعقوب وهو قول ثعلب [(٢)] .

٢٠٣٥٢ - قال يونس : قلت لأعرابي أفقير أنت ؟ قال : لا و اللّٰه بل مسكين وأنشد قول الأعرابي .

٢٠٣٥٣ - أما الفقير الذي كانت حلوبته ... وفق العيال فلم يترك له سبد

٢٠٣٥٤ - وروى حمولته : فسماه فقيرًا وأخبر أن له حلوبة .

٢٠٣٥٥ - فإن قيل : قد خالفهم ابن الأنبارى [(٣)] [في ذلك] [(٤)] يرويه وليس بالقوى الذي لا شيء له

٢٠٣٥٦ - وحكى ذلك عن الأصمعي [(٥)] ثقة فيما يرويه وليس بالقوى فيما يستدل

= وتصدر للإفادة زمانًا . أخذ عنه : أبو سعيد السيرافي ، وأبو بكر بن شاذان وأبو الفرج الأصفهاني وغيرهم توفي سنة ٣٢١هـ. انظر : سير أعلام النبلاء (٥٤٦/١١ ، ٥٤٧) .

(١) هو : أبو عبيدة الإمام العلامة البحر أبو عبيدة معمر بن المثنى التميمي مولاهم البصري النحوي صاحب التصانيف ، ولد في سنة عشر ومائة في الليلة التي مات فيها الحسن البصري ، حدث عن : هشام بن عروة ، ورؤبة بن العجاج وأبي عمرو بن العلاء وطائفة ، حدث عنه : علي بن المديني وأبو عبيد القاسم بن سلام وأبو عثمان المزني وعدة ، توفي سنة ٢٠٩ وقيل ٢١٠هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٢٨٧/٨ : ٢٨٩) .

(٢) هو : العلامة المحدث إمام النحو أبو العباس أحمد بن يحيى بن يزيد الشيباني مولاهم البغدادي صاحب الفصيح والتصانيف ، ولد سنة مائتين وكان يقول : ابتدأت بالنظر ابن ثماني عشر سنة ولما بلغت خمسًا وعشرين سنة ما بقي على مسألة للفراء وسمعت من القواريري مائة ألف حديث توفي سنة ٢٩١ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (١٠٩/١١ : ١١٠) .

(٣) هو : ابن الأنباري الإمام الحافظ اللغوي ذو الفنون أبو بكر محمد بن القاسم بن بشار بن الأنباري المقرئ النحوي ولد سنة اثنتين وسبعين ومائتين سمع في صباه باعتناء من أبيه من محمد بن يونس الكديمي وإسماعيل القاضي وأحمد بن الهيثم البزاز وأبي العباس ثعلب وخلق كثير ، حدث عنه : أبو عمر بن حيوية وأحمد بن نصر الشذائي وعبد الواحد بن أبي هاشم والدارقطني وغيرهم . توفي سنة ٣٢٨ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٦٤٩/١١ : ٦٥١) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٥) هو : الأصمعي الإمام العلامة الحافظ حجة الآداب لسان العرب أبو سعيد بن قريب بن عبد الملك بن علي بن أصمع بن مظهر بن عبد شمس بن أعيا ، الأصمعي البصري اللغوي الأخباري أحد الأعلام يقال : =

عليه وبينه بالمعنى يضعف وبينه عندهم [1] في القياس .

٢٠٣٥٧ - وحكى مذهبنا وقطع يونس ويعقوب وهو مذكور في منطق يعقوب فلا يعرف ما حكاه عن الأصمعي [2] إلى كتاب [ولا قطع به عليه] [3] كما قطع على يعقوب .

٢٠٣٥٨ - فلما قال : روي عن الأصمعي فيجوز أن يكون الحاكي عن الأصمعي لم يصدق في حكايته وكيف يقول الأصمعي خلاف قول يونس وهو يأخذ عن أصحابه وأتباعه ؟ فلم يجز أن يقال قولًا هو بحكاية عن الأصمعي لا يعرف من رواها كابن الأنباري وهو أحد أصحاب الأصمعي ، ولو قطع بالحكاية عنه .

٢٠٣٥٩ - قلنا : قوله بنفسه ثم حكى هذا القول أيضًا عن أبي عبيدة وليس ممن يقابل بقوله قول من حكينا مذهبه .

٢٠٣٦٠ - قال المازني : قال أبو عبيدة : الحرف الرابع في كتاب سيبويه العين معنى ما يدل على ذلك أن الفقر في اللغة عدم .

٢٠٣٦١ - ﴿ أَنتُمُ ٱلْفُقَرَآءُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱللَّهُ هُوَ ٱلْغَنِىُّ ٱلْحَمِيدُ ﴾ [4] وقال : ﴿ إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَٱللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا ﴾ [5] وقال تعالى [﴿ لَّقَدْ سَمِعَ ٱللَّهُ قَوْلَ ٱلَّذِينَ قَالُوٓا۟ إِنَّ ٱللَّهَ فَقِيرٌ وَنَحْنُ أَغْنِيَآءُ ﴾] [6] وفي الحماسة :

٢٠٣٦٢ - متى ما ير الناس الغني وجاره فقير يقولوا عاجزًا وجليد .

٢٠٣٦٣ - وليس الغني والفقر من حيلة الفتى ولكن أحاظ قسمت وحدود [7]

٢٠٣٦٤ - فإذا كان الفقر زوال الغنى وكان اسم الفاعل من افتقر يفتقر فلا فرق بينه وبين فقر وكل مفارق الغنى فهو فقير وهذه أول رتبة الفقر ثم تتزايد به .

= اسم أبيه عاصم ولقب قريب ، ولد سنة بضع وعشرين ومائة ، حدث عن : ابن عون وسليمان التيمي وأبو عمرو بن العلاء قرة بن خالد وشعبة نافع بن أبي نعيم وتلا عليه ، حدث عنه : أبو عبيد ويحيى بن معين وإسحاق بن إبراهيم الموصلي وغيرهم توفى سنة ٢١٥ ، أو ٢١٦ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٤٦٩/٨ : ٤٧٢) .

(١) ساقطة من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٢) ساقطة من (م) ، (ع) ، واستدركت في الهامش .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) سورة فاطر : الآية ١٥ . (٥) سورة النساء : الآية ١٣٥ .

(٦) في (ص) : [قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي إلى الله] وما أثبتناه من (م) ، (ع) تمشيًا مع السياق والآية من سورة آل عمران : ١٨١ .

(٧) انظر : لسان العرب (٩١٩/٢) مادة : (حظظ) ، خزانة الأدب (٢١٩/٣) .

٢٠٣٦٥ – فلو كان الفقير أسوأ حالاً من المسكين كان المسكين غنيًا والصدقة لا تحل للأغنياء وقد حملت للمساكين فدل على أنها رتبة ثانية من الفقر يستحقها الفقراء إذ لا فاصل بين الفقر والغني كما لا فاصل بين الصغير والكبير والجليل والرفيق والعظيم والحقير وقد يكون الشرط كان وما دل نحو عاقل غير منكر ثم يدل جمع الفرض وينتج واحدة .

٢٠٣٦٦ – وقالوا : السماع قال : نوع في ذلك وتقدم .

٢٠٣٦٧ – قالوا : بطل فلو كان فرق ذلك قالوا منه وإن كان فوق ذلك .

٢٠٣٦٨ – قال : أليس حكى هذا أبو عبيدة عن العرب ؟ كذلك فقير ومسكين أحدهما أزيد رتبته من الآخر وقد بينا أن الفقر هو مقابل الغنى فلا بد أن تكون المسكنة رتبة زائدة على ما قدمنا .

٢٠٣٦٩ – قال ابن اليربوعي : متى أرى هو سبقني بحرف في العناد وإن قل لم نقر منه الفقر فوضع الظاهر موضع الضمير والمراد [لم يرد] [١] منه قلة المال كقوله تعالى : ﴿ أَلَا بِذِكْرِ ٱللَّهِ تَطْمَئِنُّ ٱلْقُلُوبُ ﴾ [٢] معناه تطمئن قلوبهم فوضع الظاهر موضع الضمير بغير لفظ ما تقدم من الظاهر إذا اتفق المعنى فأما إذا تغالب المعنى فلا سبيل إلى ذلك .

٢٠٣٧٠ – وقد اعترض ابن الأنباري / على حكاية يونس عن الأعرابي قال : لا والله بل مسكين إلى حال أحسن من حال الفقير . ٢٢٩/ب

٢٠٣٧١ – وأما قول الراعي : أما الفقير الذي كانت حلوبته فوصفه [بعد أدرهما فمن ابن يونس أنه وصفه بالفقر] [٣] حال ملكه لها بأبي بكر .

٢٠٣٧٢ – حدثت ابن يونس الغنوي في هذه المسألة ولم يحكي عنه الإجماع بهذه الحكاية ولا بهذا البيت وإنما أولى رحلي ولم يقل أفنيت استدلالاً بها فلما حملت أمره على أنه قال عن بطن من حول وإلا حملت أمره على أنه قال ذلك حكاية عن العرب فلم ظننت أنك تستدرك على مثله مع أن أماميك الكسائي والفراء وثقاه وحملا عنه وذكراه في كتبهما بعد الرحلة إليه والإقامة عليه ثم يقول إلى هذا المنحور الذي صنفه غلط .

٢٠٣٧٣ – لأن يونس يضطر إلى قصة الأعرابي بمشافهة يعتقد بسببه يستدرك

---

(١) ساقطة من (ص) . (٢) سورة الرعد : الآية ٢٨ .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

بالاحتمال فيه فهو بعيد والفرزدق [١] جلس وأبو عمرو بن العلاء [٢] وأبو عبيدة وسيبويه وأبو الحسن بلا مدته وسيبويه يعرض عليه سماعه من وإلى زيد له فأما اعتراضه على البيت فغلط وضد مذاهب الشعر لأن الراعي أن القوم ظلموا الأغنياء فافتقروا لظلمهم والنفس تستعظم ظلم الفقير وما يجب بهذا التأويل البعيد [٣] أن يجبه يونس بالاعتراض والرد ثم احتج بن الأنباري بما أحكيه في أثناء ما ذكر المخالفون من الفقهاء .

٢٠٣٧٤ – احتجوا بقوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ وَٱلۡمَسَٰكِينِ ﴾ [٤] بدأ بالفقير والبداية تقع بالأهم فدل على أن الفقير أشدُّهم حالًا وأعظمهم حاجة .

٢٠٣٧٥ – والجواب : أن اسم الفقير يعم المسكين [وغيره وكل مسكين فقير وليس كل فقير مسكين] [٥] فبدأ تعالى بالفقير لأنه بدأ بالاسم العام [المسلوب الجمع] [٦] ثم ثنى بالمسكين [٧] وهو الذي أحصر وجه التخصيص و [٨] التأكيد كقوله تعالى : ﴿ وَمَلَٰٓئِكَتِهِۦ وَرُسُلِهِۦ وَجِبۡرِيلَ ﴾ [٩] وقوله : ﴿ حَٰفِظُواْ عَلَى ٱلصَّلَوَٰتِ وَٱلصَّلَوٰةِ ٱلۡوُسۡطَىٰ ﴾ [١٠] وقال تعالى : ﴿ إِنَّآ أَوۡحَيۡنَآ إِلَيۡكَ كَمَآ أَوۡحَيۡنَآ إِلَىٰ نُوحٖ وَٱلنَّبِيِّـۧنَ مِنۢ بَعۡدِهِۦۚ وَأَوۡحَيۡنَآ إِلَىٰٓ إِبۡرَٰهِيمَ وَإِسۡمَٰعِيلَ ﴾ [١١] ففي كل هذه المواضع قد دخل الثاني في عموم الأول .

٢٠٣٧٦ – ثم خصصنا الاسم لمعنى يخصه وعلى طريق التأكيد يذكره كذلك الفقير والمسكين مثله .

٢٠٣٧٧ – احتج ابن الأنباري بقوله تعالى : ﴿ أَمَّا ٱلسَّفِينَةُ فَكَانَتۡ لِمَسَٰكِينَ يَعۡمَلُونَ

---

(١) هو : الفرزدق شاعر عصره وأبو فراس همام بن غالب بن صعصعة بن ناجية التميمي البصري أرسل عن علي ، ويروي عن أبي هريرة والحسين وابن عمر وأبي سعيد الخدري وطائفة ، حدث عنه : الكميت ومروان بن الأصفر وخالد الحذاء وأشعث الحمراني وآخرون توفي سنة ١١٠ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٤٧٤/٥ : ٤٧٥) .

(٢) هو : أبو عمرو بن العلاء بن عمار بن العريان التميمي ثم المازني البصري شيخ القراء والعربية وأمه من بني حنيفة اختلف في اسمه على أقوال أشهرها زبان وقيل : العريان مولده في نحو سنة سبعين ، حدث باليسير عن أنس بن مالك ، ويحيى بن عمر ومجاهد وأبي صالح السمان ، حدث عنه : شعبة وحماد بن يزيد وأبو أسامة والأصمعي وغيرهم ، توفي سنة ١٥٤ أو ١٥٧ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٥٤٠/٦ : ٥٤٢) .

(٣) في (م) ، (ع) : [العند] .

(٤) سورة التوبة : الآية ٦٠ .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدرك في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) : [المنسوب للجميع] .

(٧) في (م) ، (ع) : [والمسكين] .

(٨) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٩) سورة البقرة : الآية ٩٨ .

(١٠) سورة البقرة : الآية ٢٣٨ .

(١١) سورة النساء : الآية ١٦٣ .

فِي ٱلْبَحْرِ ﴾ [١] فسماهم مساكين مع إخباره [٢] أنهم يملكون سفينة وسفن البحر تساوي مالاً عظيمًا فدل على [٣] أن المسكين من يملك بلغة إلا أنه لا يكفيه .

٢٠٣٧٨ – والجواب : أن المساكين قد تفاضلوا في المسكنة كما تفاضل الفقراء في الفقر فإذا كان الرجل يحتمل ماله إلا أن الغاية من عمله لا يبلغ قدر حاجته فهو مسكين ولا اعتبار بقيمته بمن إليه لأنها تجري مجرى الحاجة وقوله وإنما المعتبر أو يملك ما أن خرج عن يده كانت بمنزلة من لو يفقد جارحة له في التمكن من التصرف .

٢٠٣٧٩ – ألا ترى أن ما قُدَّ بمنزلة مقطوع اليد لاستحالة الكتابة بها وأصحاب السفينة كانت لهم كالآلة وكانت حرفية لا تجري عليهم ما يفضل عن مبلغ حاجتهم وقتًا وقتًا فإن غصبوها كان فقد حولوا فهم مساكين تبع ملكها وتبع غصبها وإن كانت حالتهم مع غصبها أعظم وأشد ويجوز أن تكون هذه السفينة لجماعة من أهل البحر وهم عدد كبير يعمل بالبحر لبعضهم فيها ولبعضهم في غيرهم .

٢٠٣٨٠ – ولو قسم سهمًا على جماعتهم لم يبلغ ما نصيبه أحدهم مبلغًا يكفيه وقتًا واحدًا فهم مساكين في الحقيقة وإن كان ملكهم لها حاصلاً على اللام في قوله تعالى : ﴿ لِمَسَٰكِينَ ﴾ [٤]، تفيد الاختصاص دون الملك كقوله تعالى : ﴿ لَهُمْ نَارُ جَهَنَّمَ ﴾ [٥] فيجوز أن يكونوا اختصوا بالسفينة غير مالكين لها إما بأن يكون لهم مأوى وهم يستطعمون من ركبها وإما أن يكون شيئًا من عملها يركب لا إليهم إلا أن جدوى ذلك عليهما لا يفضل بين قدر حاجتهم فلا يبلغها .

٢٠٣٨١ – فلو غصبها الملك في كلا الوجهين لأهلكهم ذلك بأن لا يجد ما يقوم لهم مقامها .

٢٠٣٨٢ – وجواب آخر أنها كانت لقوم مرضى جزمًا يعمل فيها غيرهم وأضاف العمل إليهم لأمرهم به فسماهم مساكين على طريق الترجمة وقد يترجم العرب مسكين وبائس ومنه بيت الكتاب .

---

(١) سورة الكهف : الآية ٧٩ .

(٢) في (م) : [اختبارهم] ، وفي (ع) : [أخبارهم] .

(٣) ساقطة من (ص) .

(٤) ساقطة من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٥) سورة فاطر : الآية ٣٦ .

فأصبحوا والنوى على نصر سهم　　　وليس كل النوى يلقى المساكين

٢٠٣٨٣ - قال سيبويه بعد ذكر النصب على المدح والذم [١]

والسم على الأنهار والبحر　　　على التعريف ومن كان هذا الرحم

٢٠٣٨٤ - والترحم يكون بالمسكين والبائس ونحوه ولا يكون لكل صفة ولا يكون بكل اسم ولكن رحموا بما يرحم به [٢] العرب ، زعم الخليل أنه يقول : مررت به المسكين على البدل وفيه معنى الترحم ويدل كبدل مررت به أخيك .

٢٠٣٨٥ - قالوا : روي أن النبي ﷺ قال : « ليس المسكين الذي ترده [الشربة والشربتان و] [٣] اللقمة واللقمتان ولكن المسكين الذي لا يجد ما يعينه » [٤] ، وهذا نص في بيان ما تقوله فلو ثبت ما ورد ولم يدل على ما يعفه عن المسألة على أنه أحسن حالًا من الفقير ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ لِلْفُقَرَآءِ ٱلَّذِينَ أُحْصِرُوا۟ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ لَا يَسْتَطِيعُونَ ضَرْبًا فِى ٱلْأَرْضِ يَحْسَبُهُمُ ٱلْجَاهِلُ أَغْنِيَآءَ مِنَ ٱلتَّعَفُّفِ تَعْرِفُهُم بِسِيمَٰهُمْ ﴾ [٥] .

٢٠٣٨٦ - فعلى قود قولهم يقتضي أن يكون للفقير ما يتعفف به .

٢٠٣٨٧ - قالوا : روي أن النبي ﷺ « كان يتعوذ من الفقر » [٦] وهو الفقر اللازم فكان يقول : « اللّهم أحيني مسكينًا وأمتني مسكينًا واحشرني في زمرة المساكين » [٧] .

٢٠٣٨٨ - قلنا : الفقر الذي استعاذ منه وهو الفقر إلى غيره والمسكنة التي سألها

---

(١) قال سيبويه بعد ذكر النصب على المدح والذم « ومن هذا الترحم ، يكون بالمسكين والبائس ونحوه ، ولا يكون بكل صفة ولا كل اسم ، ولكن ترحم بما ترحم به العرب . وزعم الخليل أنه يقول : مررت به المسكين على البدل ، وفيه معنى الترحم وبدله كبدل مررت به أخيك » انظر : الكتاب لسيبويه (٧٤/٢ : ٧٥) ، تحقيق عبد السلام هارون الهيئة المصرية العامة للكتاب ط١٩٧٧ .

(٢) ساقطة من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقطة من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٤) متفق عليه أخرجه : البخاري في كتاب الزكاة ، باب قول الله تعالى : ﴿ لَا يَسْـَٔلُونَ ٱلنَّاسَ إِلْحَافًا ﴾ وكم الغنى (٥٣٨/٢) ، برقم ١٤٠٩ ، ومسلم : في كتاب الزكاة باب المسكين الذي لا يجد غنىً ولا يفطن له فيتصدّق عليه (٧١٩/٢) برقم ١٠٣٩ .

(٥) سورة البقرة : الآية ٢٧٣ .

(٦) رواه البيهقي في السنن الكبرى (١٢/٧) ، كتاب الصدقات باب ما يستدل به على أن الفقير أمس حاجة من المسكين .

(٧) أخرجه البهيقي في السنن الكبرى (١٢/٧) .

هي [١] التي لا افتقار معها إلى الغير وقد يفتقر إلى غيره من له شيء ويتعفف عن من لا شيء له يدل على ذلك لأنه مأخوذ من انتشار الفقار هي خرر الطهر الصلب ومأخوذ من فقرت الفاقرة إذا استأصله الحاجة ، والمسكين مأخوذ من الخضوع والتضرع والسكون .

٢٠٣٨٩ – قلنا : هذا الاحتجاج لا يصح لأنه ليس يلزم في اسم الجنس من أن يكون مشتقًّا كما يلزم في اسم الفاعل ، وإن لزم ذلك فقد ادعيتم أن الفقير موصوف عن مفقور إلى فقير

٢٠٣٩٠ – كما قيل : مجروح وجريح فلما أنكرتم أن الفقير مشتق من الفقر الذي هو عدم الغنى بمنزلة استحقاق طرف من الطرف فإن قلت إن الفقر مشتق بما ذكرته .

٢٠٣٩١ – كما قيل : استحجر الطين استحجار وما سبق بمصدر اسم الحجر فلما لك اشتق يلزم الاشتقاق في اسم الجنس .

٢٠٣٩٢ – وقد كان يعقوب يقول في المنطق : « وقد قفرت البعير أفقره فقرًا » [٢] إذا أحرز به تحديدًا أو بوده ثم وضعت على موضع الحرز عليه ، وفقر يكون أن له به وبرضة منه .

٢٠٣٩٣ – ومنه قيل : عمار الفاقر كما ينكران أن يكون الفقر إنما سمي فقرًا اسم هذا الفقر لما يلحق بعد سبق الغنى من الملكة وأما قولهم في المسكين إنه مأخوذ من التضرع فما أنكروا أنه مأخوذ من انتفاء الحركة عند شبهها بالميت قال ﷺ « لكن البائس سعد بن خولة » [٣] إن مات .

٢٠٣٩٤ – ومن صح إنه يقال له بائس صح إنه يقال له مسكين ومتى كان المسكين أخذ من السكون والسكون المطلق هو الموت وهذه طريقة الاشتقاق .

٢٠٣٩٥ – قولهم : والصحيح أنها غير معتمدة وإنها قل ما اقتضت بسالكها إلى ظفر والمعتمد مما قالت العلماء نقلًا عن العرب في المراد باللفظ .

٢٠٣٩٦ – قال ابن الأنباري : قال اللّٰه تعالى : ﴿ أَوْ مِسْكِينًا ذَا مَتْرَبَةٍ ﴾ [٤] معناه قد ألصق بالتراب من شدة الفقر فلما نعته بهذا النعت علمنا أن كل مسكين ليس على هذه الصفة .

---

(١) ساقطة من (ص) . (٢) انظر : إصلاح المنطق ص٢٥١ .

(٣) متفق عليه أخرجه البخاري في كتاب الجنائز باب رثي النبي ﷺ سعد بن خولة (٤٣٥/١) برقم ١٢٣٣ ومسلم في كتاب الوصية باب الوصية بالثلث (١٢٥٠/٣) برقم ١٦٢٨ .

(٤) سورة البلد : الآية ١٦ .

٢٠٣٩٧ – ألا ترى أنك إذا قلت : اشتريت ثوبًا واعلم نعته هذا النعت لأنه لنفس كل ثوب له علم كذلك المسكين الأغلب أن له شيء فلما كان المسكين مخالفًا لسائر المساكين .

٢٠٣٩٨ – قلنا : هذا نبه على أن الصفة لا تكون إلا لدفع الإلباس وهذا غير لازم لأن صفات اللّه تعالى وصفات إبليس – لعنه اللّه – لا تقع لدفع الإلباس فإن قال أنها لله المدح وفي إبليس الذم .

٢٠٣٩٩ – قلنا : فما تقول في قوله تعالى : ﴿ وَمَنَوٰةَ ٱلثَّالِثَةَ ٱلْأُخْرَىٰٓ ﴾ (١) وقد قال : ﴿ أَفَرَءَيْتُمُ ٱللَّٰتَ وَٱلْعُزَّىٰ ﴾ (٢) وقد علم أن مناة الثالثة تم وصفها بذلك وليس في هذه الصفة وقع الناس فكذلك قوله تعالى : ﴿ وَٱلنَّخْلُ ذَاتُ ٱلْأَكْمَامِ ﴾ (٣) لأنه ما من نخل وهو كذلك وهكذا قوله تعالى : ﴿ وَٱلْحَبُّ ذُو ٱلْعَصْفِ وَٱلرَّيْحَانُ ﴾ (٤) وقرأه ابن مسعود وتعجب أبي ثم يقول له الصفة هاهنا مخصصة ؛ لأن المسكين يقع على الغير على طريق الرحم ، فقد جاء مسكنة امرأة بغير زوج فكذلك وصفه اللّه تعالى المسكين بما وصف به .

٢٠٤٠٠ – قال الأزهري في كتابه عن ابن الأعرابي أنه أنشد لبعض العرب :

هل لكم في أجر عظيم تؤجره معيب ... مسكينًا قليلًا عسكره عشر شياه سمعه وبصره

٢٠٤٠١ – وقال ابن الأعرابي : عسكره جميع ماله فسماه مسكينًا وله عشر شياه فلا يجوز أن يكون مسكينًا على طريق الترحم لا من حيث الفقر .

٢٠٤٠٢ – وعلى أن عهدنا من له عشر شياه يجوز أن يكون مسكينًا (٥) إذا كان لا يفضل عن كفايته وقت واحد فإذا فضل ما في يده عن كفايته وقتًا واحد لم يكن مسكينًا وكان فقيرًا فلم يكن في هذا دليل . ومن العجب يحكى / . ٢٢/أ

٢٠٤٠٣ – عن ابن يونس وأبي زيد وابن دريد ما يحكى لنا عن رجل فقير فذكر لنابغة العرب روي عن الأعرابي وهو لم يلق ثعلبًا ينشد شعر الأعرابي لا يعرف مقابل بيت الراعي وهو في درجة جرير وفرزدق وقد أنشده لعبد الملك بن مروان .

* * *

---

(١) سورة النجم : الآية ٢٠ .
(٢) سورة النجم : الآية ١٩ .
(٣) سورة الرحمن : الآية ١١ .
(٤) سورة الرحمن : الآية ١٢ .
(٥) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

القوي الذي له كسب يكفيه

٢٠٤٠٤ - قال أصحابنا : القوي الذي له كسب فيكفيه وليس له مقدار نصاب يكره له المسألة فإن تصدق عليه جاز [(١)] .

٢٠٤٠٥ - وقال الشافعي : لا يجوز أن يدفع إليه من نصيب الفقراء [(٢)] .

٢٠٤٠٦ - لنا : قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلْفُقَرَآءِ ﴾ الفقير ضدَ الغني ومن يقدر على الاكتساب لا يوصف بالغنى فكان فقيرًا .

٢٠٤٠٧ - ويدل عليه قوله تعالى : ﴿ لِّلسَّآئِلِ وَٱلْمَحْرُومِ ﴾ وقوله ﷺ : « أمرت أن آخذ الصدقة من أغنيائكم وأردها في فقرائكم » [(٣)] فجعل الناس صنفين صنفًا يؤخذ منه الزكاة وصنفًا يرد عليهم .

٢٠٤٠٨ - وقد ثبت أن القوي المكتسب لا يؤخذ منه فصار من الصنف الآخر الذي يدفع إليه ولأنه غير مالك لمقدار النصاب فهو كمن لا كسب له ولا يلزم الصبي إذا كان أبوه غنيًا والكبار ذوي القربى .

٢٠٤٠٩ - لأن الأصل والفرع يستويان في ذلك .

٢٠٤١٠ - ولأن من جاز له أخذ الزكاة إذا كان ضعيفًا جاز له أخذها وإن كان قويًا أصله الغارم والمكاتب .

٢٠٤١١ - ولأن ما لا يمنع دفع الزكاة إلى المكاتب لعدم ملكه له .

٢٠٤١٢ - ومثل ذلك لا يمنع في غير المكاتب .

٢٠٤١٣ - ولأن تحريم الصدقة مع أحكام الغني فلم يجعل القدرة على الاكتساب فيه كوجود المال أصله وجوب الزكاة والحج ونفقة الموسرين .

---

(١) قال الإمام الطحاوي : « ويجوز دفعها إلى من يملك أقل من ذلك وإن كان صحيحًا فكتب لأنه فقير » انظر : مختصر الطحاوي ص٥٢ .

(٢) قال الإمام الشيرازي : « ولا يجوز دفعها إلى من يقدر على كفايته بالكسب للخبز ولأن غناه بالكسب كغناه بالمال » انظر : المهذب للشيرازي (١٧٥/١) ، الأم كتاب قسم الصدقات . جماع بيان أهل الصدقات (٧٨/٢) .

(٣) سبق تخريجه .

٢٠٤١٤ - فإن قيل : الحج يجب بملك الزاد والراحلة ، والزكاة تجب بملك النصاب .

٢٠٤١٥ - قلنا : وكذلك يحرم تملك المال عندنا فلا فرق بينهما .

٢٠٤١٦ - لأن كل من جاز دفع الزكاة إليه إذا لم يكن من القرابة أصله الذي لا كسب له .

٢٠٤١٧ - فإن سلموا الوصف وإلا دللنا عليه بما روي أن النبي ﷺ « دفع من الخمس إلى ذوي القربى وكانوا أقوياء »[1] .

٢٠٤١٨ - ولأنه جزء من الغنيمة فجاز دفعه إلى القوي كالأربعة أخماس .

٢٠٤١٩ - احتجوا : بما روى سفيان بن عينية عن هشام بن عروة عن أبيه عن عبد الله بن عجان عن ابن الخيار أن رجلين[2] أخبراه إنهما « أتيا النبي ﷺ وهو يقسم الصدقات فسألاه منها فنظر إليهما وصعد نظره ثم أطرق رأسه ثم نظر إلى الأرض [ثم قال][3] : إن شئتما أعطيتكما ولاحظ فيها لغني ولا لذي قوة يكتسب »[4] وروي لذي مرة سوى .

٢٠٤٢٠ - قلنا : لما قال : إن شئتما أعطيتكما . دل على جواز الدفع لولا ذلك لم يجز أن يدفع مالا يجوز دفعه بسببهما وإذا كان الدفع جائزًا علم أن قوله لاحق فيها لقوي يعني في طلبها وكذلك نقول : إن الطلب لا يجوز ، ويجوز الأخذ من غير طلب .

٢٠٤٢١ - فإن قيل : قوله لاحظ فيها لغني معناه لاحظ في أخذها .

٢٠٤٢٢ - وكذلك قوله : « لا ولذي قوة » لأن الكناية ترجع إلى المذكور وهو العطاء .

٢٠٤٢٣ - قلنا : لا يمكن الجمع بين تخييرهما في الدفع وقوله لاحق فيها إلا على هذا الوجه فنحن نحمله على ذلك بهذا الدليل ، ونعدل به عن الظاهر الذي .

٢٠٤٢٤ - قالوا : قادر على كفايته يومًا بيوم فصار كمن في ملكه نصابًا يكفيه ربحه .

---

(١) رواه مسلم في حديث طويل وفيه تزويج رسول الله ﷺ ذوي قرباه من الخمس ، في كتاب الزكاة باب استعمال آل النبي ﷺ على الصدقة (٧٥٢/٢ ، ٧٥٣) ، برقم ١٠٧٢ ، وأحمد (١٦٦/٤) .

(٢) ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٤) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٢٢٤/٤) ، وأبو داود (١١٨/٢) ، برقم ١٦٣٤ ، والترمذي (٣٣/٣) ، برقم ٦٥٢ ، والبيهقي في السنن الكبرى (١٤/٧) .

٢٠٤٢٥ - قلنا : القادر على الكفاية لا يلحقه بالأغنياء في وجوب الحج ونفقة الموسرين .

٢٠٤٢٦ - كذلك في تحريم الصدقة والمعنى في مالك النصاب أنه غني بمقدار المال وفي مسألتنا بخلافه .

٢٠٤٢٧ - فإن قالوا : من عليه وقف عقار تكفيه غلته لا تحل له الصدقة وهو لا يملك النصاب .

٢٠٤٢٨ - قلنا : لا تحرم الصدقة عليه لأنه قادر على الكفاية من غير مال .

٢٠٤٢٩ - قالوا : من حرمت عليه المسألة حرمت عليه الصدقة أصله من له مال .

٢٠٤٣٠ - قلنا : عندنا يكره له المسألة ولا تحرم ولأن المسألة مفارقة للأجل بدلالة قوله ﷺ لعمر : « ما جاءك من هذا المال من غير استشراف ولا مسألة فخذه فإنه مال الله يؤتيه من يشاء » فدل على مفارقة المسألة للأخذ والمعنى في مالك ما قدمناه .

٢٠٤٣١ - قالوا : نوع قدره يسقط عن الأقارب نفقته أو يوجب عليه نفقة الأقارب فوجب أن تحرم الصدقة من سهم الفقراء أصله ملك النصاب .

٢٠٤٣٢ - قلنا : سقوط نفقته عن أقاربه لم يجب عليه نفقة الموسر والزكاة كذلك لا تمنع دفع سهم الفقير إليه .

٢٠٤٣٣ - ولأن الأقارب يلزم كفايته ، فإذا كان مكتفيًا سقطت عنهم ودفع الزكاة لم يقدر بالكتابة بدلالة أنه يجوز أن يدفع إليه أضعاف كفايته فلهذا لم يمنع من الدفع إليه .

٢٠٤٣٤ - ولأن الوصف [لم يدفع إليه] ولم يسلم على إطلاقه لأن الولد الغني يلزمه نفقة أبويه وإن كانا يقدران على الكسب فأما قولهم أنه يجب عليه نفقة أقاربه قد قال أبو يوسف لا يجبر على نفقة الأقارب إلا من ملك مقدار النصاب .

٢٠٤٣٥ - وقال محمد : إذا كان يكسب أكثر من كفايته فوجب النفقة في الفاضل. وليس عن أبي حنيفة رواية .

* * *

مسألة ١٠١٩

أخذ العامل من الزكاة

٢٠٤٣٦ - قال أصحابنا : ما يأخذه العامل من الزكاة يأخذه عوضًا عن عمله وليس بزكاة [١] .

٢٠٤٣٧ - وقال الشافعي : إن أعطاهم الإمام رزقًا من بيت المال لم يجز أن يأخذوا زكاة وكذلك إن بذلهم أجرة معلومة على مدة وإن لم يفعل فما يأخذونه زكاة .

٢٠٤٣٨ - لنا : قوله ﷺ : « إنه لا حق فيها لغني » [٢] .

٢٠٤٣٩ - ولأنه يستحق لأجل عمله فما يأخذه عوضًا عن العمل وليس بزكاة كسائر العمال في مصالح المسلمين ، ولأنه مال للنصاب يده ثابتة عليه فلم يجز له أخذ الصدقة لغير العامل .

٢٠٤٤٠ - ولأن ما يأخذه لو كان زكاة لم يجز عنها لأن الزكاة لا يجوز لرب المال دفعها عوضًا عن شيء كما لو ابتاع بها عبدًا يعتقه وبنى بها مسجدًا .

٢٠٤٤١ - ولأن الشافعي قد قال : ينظر الإمام إلى ثمن الصدقة إن كانت مثل أجرته دفعها إليه وإن كانت أقل ثمنها له من بيت المال ، وإن كانت أكثر أخذ الفضل ولو كان يأخذها زكاة لم يرتجع الفاضل منها على مقدار أجرته [٣] .

٢٠٤٤٢ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلْعَـٰمِلِينَ عَلَيْهَا ﴾ [٤] .

٢٠٤٤٣ - والجواب : إنه لما علق الاستحقاق بعملهم نبه أن ذلك عوض وليس بصدقة ولهذا يتقدر بإجماع فلا تدفع إليهم الزيادة على أجرتهم .

---

(١) انظر البدائع (٤٤/٢) ، حيث قال الكاساني : « أما العاملون عليها فهم الذين نصبهم الإمام لجباية الصدقات واختلف فيما يعطون ، فقال أصحابنا : يعطيهم الإمام كفايتهم منها . حيث قال الخطيب الشربيني : « فلو فرقها المالك أو حملها إلى الإمام سقط ، والقاضي والوالي والإقليم إذا قاموا بذلك فلا حق لهم في الزكاة ، بل رزقهم إذا لم يتطوعوا للعمل في خمس الخمس المرصد للمصالح العامة ، فإن عملهم عام » . وانظر أيضًا : الوجيز (٩٥/١) ومغنى المحتاج (١٠٩/٣)

(٢) سبق تخريجه .

(٣) انظر المهذب (١٧١/١) .

(٤) سورة التوبة : الآية ٦٠ .

٢٠٤٤٤ - قالوا : روي أن النبي ﷺ قال : « لا تحل الصدقة لغني إلا لخمسة »[١] وذكر الغازي والعامل .

٢٠٤٤٥ - قلنا : أراد بها لا تحل لغني إلا أن يأخذها عوضًا ليبين بذلك الفرق بين الغني والهاشمي .

٢٠٤٤٦ - لأن الهاشمي لا يأخذها عوضًا عن عمله والغني يأخذها عوضًا على طريق العوض فبين الفرق حتى لا يشكل أخذ الأمرين بالآخر

٢٠٤٤٧ - قالوا : صنف منصوص عليه كسائر الأصناف .

٢٠٤٤٨ - قلنا : سائر الأصناف يستحقون السهم بكل حال والعامل لا يستحق إلا بالعمل ولأن سائر الأصناف لا يقدر ما يأخذونه بغني من جهتهم والعامل بقدر ما يأخذه فإن كان عمله زائدًا أخذ الفضل وإن كان السهم زائدًا رد الفضل فدل على افتراق الأمرين .

٢٠٤٤٩ - قالوا : الهاشمي لا يكون عاملًا بدلالة ما روي أن الفضل بن العباس والمطلب بن ربيعة سألا النبي ﷺ « العمالة على الصدقات فقال : إن الصدقة أوساخ الناس وإنها لا تحل لمحمد وآل محمد »[٢] .

٢٠٤٥٠ - قالوا : فلولا أنهم يأخذون الصدقة لم تحرم عليهم .

٢٠٤٥١ - قلنا : ما يأخذونه عوض بدلالة ما بينا ولو حكينا القياس جاز أن يكونوا أعمالًا ولكنه ﷺ أكد التحريم عليهم ومنعهم منها على من فيه فأخرجها من فمه ، وإن كان التحريم لا يثبت في حق الطفل ولكنه فعل ذلك على طريق التغليظ والتشديد .

* * *

---

(١) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٥٦/٣) ، وأبو داود (١١٩/٢) برقم (١٦٣٥) ، وابن ماجه (٥٩٠/١) برقم (١٨٤١) .

(٢) سبق تخريج ، وهو حديث رفع رسول الله ذوي القربى من الخمس ، رواه مسلم في حديث طويل كتاب الزكاة باب ترك استعمال آل النبي على الصدقة (٧٥٢/٢-٧٥٤) برقم (٢٠٧٢) ، وأحمد (١٦٦/٤) .

دفع الزكاة إلى أغنياء الغزاة

٢٠٤٥٢ - قال أصحابنا : لا يجوز دفع الزكاة إلى أغنياء الغزاة [١] .

٢٠٤٥٣ - وقال الشافعي يجوز ذلك [٢] .

٢٠٤٥٤ - لنا : قوله ﷺ : « أمرت أن أخذ الصدقة من أغنيائكم وأردها في فقرائكم » [٣] وقال لمعاذ « أعلمهم أن الله فرض عليهم حقا في أموالهم يؤخذ من أغنيائهم ويرد في فقرائهم » [٤] .

٢٠٤٥٥ - ولأنه مالك لمقدار النصاب ويده ثابتة عليه لم يجز دفع الصدقة إليه كغير الغازي [ولأن ما يمنع دفع الزكاة إلى غير الغازي] [٥] يمنع دفع الزكاة إلى الغازي كالأبوة والبنوة .

٢٠٤٥٦ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَفِي سَبِيلِ ٱللَّهِ ﴾ .

٢٠٤٥٧ - قلنا : هذا يدل على جواز الدفع إلى الغازي الفقير شرط بدلالة خبرنا وكما ذكره على ابن السبيل وإن كان لا يجوز الدفع إليه مع الغني .

٢٠٤٥٨ - قالوا : روى أبو سعيد الخدري عن النبي ﷺ قال : « لا تحل الصدقة لغني إلا لخمسة : الغازي في سبيل الله ، والعامل عليها ، والغارم ، ورجل اشتراها ، ورجل له جار مسكين » [٦] فتصدق على المساكين وأهدى للغني .

٢٠٤٥٩ - قلنا : محمول على الغازي المنقطع عن ماله بدلالة خبرنا على أن خبرنا أشهر في النقل وأثبت وفيه بيان من يستحق الصدقة ومن تستحق عليه فكان أولى ، ويجوز أن يحمل على الغني وكسبه الذي تحرم عليه المسألة إلا أن يكون غازيًا .

---

(١) انظر مختصر الطحاوي ص٥٢ حيث قال : « وأهل سبيل الله ﷺ هم أهل الجهاد من الفقراء » . والبدائع (٤٦/٢) .

(٢) والمهذب (١٧٣/٢) قال الشيرازي : « ويعطي الغازي مع الفقر والغني للخبر الذي ذكرناه في الغارم » ، والوجيز (٢٩٤/١) .

(٣ ، ٤) سبق تخريجه .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدرك في الهامش .

(٦) سبق تخريجه .

٢٠٤٦٠ – قالوا : الغازي يستحق الصدقة لحاجتنا إليه فجاز أن يأخذها مع الغني كالعامل

٢٠٤٦١ – قلنا : يبطل بقضاة المسلمين تجوز الصدقة إليهم إذا كانوا فقراء ولم يكن في بيت المال الفرس لا يجوز دفعها إليه مع الغني وإن احتجنا إليهم ثم العامل .

٢٠٤٦٢ – قد بينا أنه يأخذ عوضًا عن عمله / ولا يأخذها زكاة والغازي لا يأخذ عوضًا .

* * *

مسألة ١٠٦١

ملك النصاب أو مقدار النصاب زيادة

٢٠٤٦٣ - قال أصحابنا : من ملك نصابًا أو مقدار النصاب زيادة على مسكنه وخادمه وثياب بدنه وفرسه وسلاحه لم تحل له الصدقة (١) .

٢٠٤٦٤ - وقال الشافعي : إذا كان له مال يربح فيه ما يكفيه أو عقار يغل ما يكفيه لنفقته وعياله لم تحل له الصدقة وإن كان ذلك أقل من النصاب فإن كان له نصاب وهو لا يربح فيه ما يكفيه على الدوام دفع إليه من الصدقة زيادة في رأس ماله حتى يصير بحيث يكفيه ربحه ويدفع إلى صاحب العقار ما يبتاع به عقارًا حتى يبلغ عقاره (٢) ما يكفيه دخله ومن أصحابه [من اعتبر الكفاية كفاية نفسه ومنهم] (٣) من اعتبر كفاية العمر .

٢٠٤٦٥ - لنا : قوله ﷺ « أمرت أن آخذ الصدقة من أغنيائكم وأردها في فقرائكم » فجعل الناس صنفين أحدهما يأخذ منه الزكاة والآخر ترد عليه فمن أثبت صنفًا ثالثًا يؤخذ منه الزكاة ويرد عليه فقد خالف الظاهر .

٢٠٤٦٦ - فإن قيل : العشر عند أبي حنيفة يؤخذ من الفقير ويرد عليه غير عشره قلنا ليس بصدقة عنده .

٢٠٤٦٧ - قالوا : ابن السبيل يدفع إليه ولا يجب عليه أيضًا حتى يعود إلى ماله ثم لو ثبت ما قالوه فيهما كان الظاهر يمنع منه فإذا ثبت لقيام الدلالة بقي ما سواه على ظاهره .

٢٠٤٦٨ - ويدل عليه قوله ﷺ : « لا تحل الصدقة لغني » ومن له عشر لا يربح فيه ما يكفيه فهو غني بها ولأنه مالك لما تجب فيه الزكاة ويده ثابتة عليه فلم يجز أخذ الزكاة كما لو كان فيه كفاية .

٢٠٤٦٩ - ولأنه قادر على النصاب فلم يجز له أخذ الزكاة كما لو كان يكتسب فيه نفقة ولأن أخذ الزكاة يجوز للحاجة فلا يعتبر فيه [حاجة مستقلة وإنما تعتبر الحاجة

(١) انظر : الهداية (١/١١٤) حيث جاء فيه : « ولا يجوز دفع الزكاة إلى من يملك نصابًا من أي مال كان » .
(٢) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش
(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش

لحاضره أصله أكل الميتة ووجوب نفقة] [(١)] ذوي الأرحام .

٢٠٤٧٠ – احتجوا : بحديث قبيصة بن المخارق أنه حمل حمالة فأتي النبي ﷺ فقال : « يؤديها عنه من نعم الصدقة يا قبيصة إن المسألة حرمت إلا من ثلاثة : رجل تحمل حمالة فحلت له المسألة حتى يؤديها ثم يمسك ، ورجل أصابته جائحة فأصابت ماله فحلت له المسألة حتى يصيب قوامًا من عيش أو سدادًا من عيش ثم يمسك ، ورجل أصابته جائحة حتى يعلم ثلاثة من ذوي الحجى من قومه أن به حاجة فحلت له المسألة حتى يصيب قوامًا من عيش ثم يمسك » [(٢)] وما سوى ذلك من المسألة فهو مستحب .

٢٠٤٧١ – قالوا : وهذا يدل على أن المسألة تحل بالحاجة وتحرم بإضافة القوام من العيش .

٢٠٤٧٢ – قلنا : هذا الخبر دليلنا لأن من له مال لا يكفيه سنين كثيرة فليس بمحتاج فتحرم عليه المسألة وهو واجد القوام من العيش الصائر الخبر فيه تحريم المسألة وإباحتها وليس إباحة الأخذ من تحريم المسألة في شيء وقد بينا ذلك .

٢٠٤٧٣ – قوله : لا يقدر على كفايته على الدوام فوجب أن يكون من الفقراء أصله إذا كان معه أقل من النصاب .

٢٠٤٧٤ – قلنا : عدلتم عن التعليل للحكم الذي هو جواز الأخذ حتى لا يقيس بالكافر وبذي القربى فعللتم الأسامي والأسامي بالأقيسة وإنما يرجع في الفقر والغني إلى العادة ثم الأحكام المتعلقة بالقدرة يعتبر فيها الحال فإما أن يعتبر دوام الحاجة فلا يأكل الميتة .

٢٠٤٧٥ – والمعنى فيمن معه أقل من النصاب أن الزكاة لا يجوز أن تتعلق بما في يده على الانفراد فكان فقيرًا ومن معه نصاب تجب الزكاة عليه حال انفراده به فلم يكن فقيرًا وهذا ما قبل ما ذكروه من إثبات الفقر وإن كان الصحيح أن يقع التعلل للأحكام دون غيرها .

٢٠٤٧٦ – قالوا : يجوز أن يدفع إلى الفقير أكثر من النصاب دفعه فجاز دفعه إليه متفرقا بمقدار النصاب

٢٠٤٧٧ – قلنا : نقول بموجبه دفعه عندنا يجوز متفرقًا إذا دفع إليه النصاب فوهبه لغيره ثم دفع إليه الثاني ولأنه إذا دفعه جملة صادف الدفع الثاني الغنى فلم يجز .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) أخرجه مسلم في كتاب الزكاة باب من تحل له المسألة (٧٢٢/٢) برقم (١٠٤٤) ، وأبو داود (١٢٠/٢) برقم (١٦٤٠) ، وأحمد (٤٧٧/٣) .

٢٠٤٧٨ - قالوا : ملك النصاب والحاجة معنيان مختلفان بجواز اجتماعهما فجاز تماع حكمهما وهما أخذ الصدقة منه ودفعها إليه .

٢٠٤٧٩ - قلنا : لا نسلم أن الحاجة وملك النصاب يجتمعان لأن الحاجة مرتفعة في ال لوجود الغنى والدين مقدران يدفع به الوقت وإنما توجد الحاجة في الثاني وأخذ كاة لا يجوز لحالة مستقبلة وإنما يجوز لحالة حاضرة كأكل الميتة .

٢٠٤٨٠ - فإن قيل : اليتيم يجوز للحاجة ثم من معه ماء وهو يخاف العطش في اني يجوز له التيمم قلنا اليتيم عندنا لا يقف على الحاجة .

٢٠٤٨١ - لأنه يجوز قبل دخول الوقت ولا حاجة إليه .

٢٠٤٨٢ - قالوا : ثياب البدن ودار السكنى يجوز دفع الزكاة مع ملكها وإن كانت ب الحاجة إليها كذلك النصاب إذا كان محتاجًا إليه

٢٠٤٨٣ - قلنا : ثياب البدن ودور السكنى ممنوع من بيعها فلم يعتد بها في الغني ـذا المعنى والنصاب لم يمنع من إنفاقه على نفسه فلذلك اعتد به في الغنى .

* * *

مسألة ١٠٣٢

سهم المؤلفة قلوبهم

٢٠٤٨٤ - قال أصحابنا : : سهم المؤلفة يسقط [١] .

٢٠٤٨٥ - وقال الشافعي : في أحد قوليه لم يسقط ويجوز أن يصرف إلى وجوه الكفار ومن يطاع منهم ليتألف على الإسلام وليدفع ضرره عن المسلمين [٢] .

٢٠٤٨٦ - قالوا : فكيف تكون المؤلفة من المسلمين مثل مسلم حَسُنَ إسلامه له نظير من الكفار دفع إلى المسلم ليطع الكافر في مثل ذلك فيسلم وقد يسلم أفراد قبيلة فلا يحسن إسلامهم فيعطون لحسن إسلامهم .

٢٠٤٨٧ - لنا : أن عمر وعثمان وعليًا لم يعطوا المؤلفة .

٢٠٤٨٨ - وروي أن رجلًا جاء إلى عمر فسأله العطا فقال « إنا لا نعطي على الإسلام شيئًا » [٣] ﴿ فَمَن شَآءَ فَلْيُؤْمِن وَمَن شَآءَ فَلْيَكْفُرْ ﴾ [٤] .

٢٠٤٨٩ - ولأن النبي ﷺ أعطاهم ليدفع ضررهم عن المسلمين وقد أعز الله الإسلام وأغنى أهله عن مصانعة الكفار .

٢٠٤٩٠ - لأنه كافر فلا يجوز دفع الزكاة إليه كسائر الأغنياء فأما المسلم فإن كان

---

(١) قال الإمام السرخسي : وأما المؤلفة قلوبهم فكانوا قومًا من رؤساء العرب كأبي سفيان بن حرب وصفوان بن أمية وعيينة بن حصن والأقرع بن حابس وكان يعطيهم رسول الله ﷺ بفرض الله سهمًا من الصدقة يؤلفهم به على الإسلام فقيل : كانوا قد أسلموا . فإن قيل : كيف يجوز أن يقال بأنه يصرف إليهم وهم كفار . قلنا : الجهاد واجب على الفقراء من المسلمين والأغنياء لدفع شر المشركين فكان يدفع إليهم جزءًا من مال الفقراء لدفع شرهم وذلك قائم مقام الجهاد في ذلك الوقت ثم سقط ذلك السهم بوفاة رسول الله ﷺ ، وقال الشعبي : انقضى الرشا بوفاة رسول الله ﷺ . انظر : المبسوط (٩/٣) ، مختصر الطحاوي ص٥٢ . والثاني : يعطون لأن المعنى الذي أعطوا قد يوجد بعد النبي ﷺ .

(٢) جاء في المهذب للشيرازي : وسهم المؤلفة قلوبهم وهم ضربان : مسلمون وكفار فأما الكفار فضربان : ضرب يرجي خيره ، وضرب يخاف شره . وقد كان النبي ﷺ يعطيهم وهل يعطون بعده فيه قولان أحدهما : يعطون لأن المعنى الذي أعطاهم به رسول ﷺ قد يوجد بعده ، والثاني لا يعطون لأن الخلفاء ﷺ بعد رسول الله ﷺ لم يعطوهم . وقال عمر : إنا لا نعطي على الإسلام شيئًا من شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر . انظر : المهذب (١٧١/١) .

(٣) رواه البيهقي في السنن الكبرى (٢٠/٧) .

(٤) سورة الكهف : الآية ٢٩ .

فقيرًا فالدفع إليه جائز وإن كان غنيًا لم يجز دفع الزكاة مع الغني كسائر الأغنياء .

٢٠٤٩١ - ولأن المسلم الضعيف الإسلام مقيم على معصية وذلك لا يبيح دفع الزكاة كسائر المعاصي .

٢٠٤٩٢ - والذي [١] روي أن النبي ﷺ : « دفع إلى المؤلفة [٢] فإنما فعل ذلك لأن حاجة الفقراء دعت إلى ذلك ألا ترى أنه إذا أكفاهم سقط القتال وفي ذلك منعة للفقراء وهذا المعنى قد زال .

٢٠٤٩٣ - قالوا : « أنه أعطى الزبرقان بن بدر وعدي بن حاتم بعد ما أسلما [٣] .

٢٠٤٩٤ - قلنا : يجوز أن يكون أعطاهما من الخمس والخلاف بيننا في الدفع من الزكاة .

٢٠٤٩٥ - قالوا : روي أن عدي بن حاتم قدم على أبي بكر الصديق بصدقة قومه فأعطاه أبو بكر منها ثلاثين بعيرًا وأمر أن يلحق خالد بن الوليد فلحق فيه في زهاء ألف فارس [٤]

٢٠٤٩٦ - قلنا : دفع إليه من سهم العاملين لأنه مولى أخذها وحملها والكلام في الدفع إليهم من سهم الفقير .

* * *

---

(١) ساقطة من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٢) أخرجه البخاري في في كتاب التفسير باب قوله والمؤلفة قلوبهم (٨٤/٦) ، ومسلم في كتاب الزكاة باب إعطاء المؤلفة قلوبهم على الإسلام ... (٧٣٨/٢) .

(٣) رواه البيهقي في السنن الكبرى (٢٠/٧) .

(٤) أخرجه الإمام الشافعي في الأم كتاب الزكاة ، وكتاب قسم الصدقات باب جماع تفريع السهمان (١٢/٢) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٢٠/٧) .

مسالة ١٠٢٣

يدفع إلى ابن السبيل ما يبلغه إلى وطنه

٢٠٤٩٧ – قال أصحابنا : ابن السبيل المسافر المنقطع عن ملكه يدفع إليه ما يبلغه إلى وطنه [١] .

٢٠٤٩٨ – وقال الشافعي : ابن السبيل هو المسافر ومن أراد أن يمشي سفرًا إلى وطنه وليس له ما يبلغه ، .

٢٠٤٩٩ – وهذه المسألة لا يتصور فيها الخلاف .

٢٠٥٠٠ – لأن عندنا الدفع بالحاجة فمن كان مسافرًا ومن أراد أن يمشي السفر سواء في ذلك ، وإنما نقول أن الاسم لا يتناول المقيم .

٢٠٥٠١ – لأن السبيل الطريق رأسه لا بيته وركبه وتشاغل به فأما من عزم على السفر فحقيقة الاسم لا يتناوله فلم يحمل عليه .

٢٠٥٠٢ – ولأنه مقيم فلا يصرف إليه سهم ابن السبيل كمن لم يعزم على السفر [٢] .

٢٠٥٠٣ – احتجوا : بأنه مريد لسفره ليس بمعصية وهو من أهل الصدقة فجاز أن يدفع إليه من سهم ابن السبيل ، أصله المسافر .

٢٠٥٠٤ – قلنا : لا نسلم أن المسافر يستحق السهم لأنه يريد السفر .

٢٠٥٠٥ – فإن قيل : المسافر إذا نوى الإقامة خمسة عشر يومًا ثم عزم على السفر جاز أن يدفع إليه من السهم وإن كان مقيمًا .

٢٠٥٠٦ – قلنا : لا نسلم هذا بل يدفع إليه بالفقر فأما من سهم ابن السبيل فلا .

٢٠٥٠٧ – قالوا : المسافر إنما يأخذ لسفر مستقبل وهذا موجود في العازم على السفر .

٢٠٥٠٨ – قلنا : الأخذ مع الحاجة لا خلاف فيه وإنما الخلاف من أين تأخذ والمسافر عندنا يأخذ السهم لوجود السفر والحاجة فأما السفر مستقبل فلا والخلاف في هذه المسألة لا يحصل إلا في عبارة مسألة .

---

(١) « قال ابن السبيل هم المنقطع بهم عن أموالهم » . انظر : الطحاوي ص٥٢ ، والهداية حيث قال : « وابن السبيل من كان له مال في وطنه وهو في مكان آخر لا شيء له فيه » . انظر : الهداية (١/١١٣) .

(٢) قال الشيرازي : « وهو المسافر أو من ينشئ السفر وهو محتاج في سفره ، فإن كان سفره في طاعة أعطي ما يبلغ مقصده ، وإن كان في المعصية لم يعط » . انظر : المهذب (١/١٧٣) .

مسألة ١٠٢٤

دفع المرأة الزكاة إلى زوجها

٢٠٥٠٩ - قال أبو حنيفة : لا يجوز للمرأة دفع الزكاة إلى زوجها (١) .

٢٠٥١٠ - وقال أبو يوسف ، ومحمد : يجوز .

٢٠٥١١ - وبه قال الشافعي .

٢٠٥١٢ - لنا : أن الفريضة تمنع من دفع زكاة أحد الزوجين إلى الآخر بسبب يوجب التوارث من غير حجب كالأولاد ، ولا يلزم ولد الولد لأنه عكس لنقله (٢) .

٢٠٥١٣ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا ٱلصَّدَقَـٰتُ لِلْفُقَرَآءِ ﴾ (٣) .

٢٠٥١٤ - قلنا : هذا مخصوص لما ذكرنا من القياس .

٢٠٥١٥ - قالوا : روي أن زينب امرأة ابن مسعود قال لها النبي ﷺ : إن زوجك وولدك أحق بصدقة عليهم (٤) .

٢٠٥١٦ - قلنا : ذكر الطحاوي في هذه المسألة ، وقال : ليس فيها أثر يدل على أحد القولين فالمراد بالصدقة / في هذا الخبر النافلة بدلالة ما روي أن النبي ﷺ قال للنساء : إنكن أكثر (٥) أهل النار تكثرن اللعن وتؤذين العشير فتصدقن وافعلن من الخير ما استطعتن فجاءت زينب فقالت يا رسول الله جمعت حليًا وأريد أن أتصدق بها وأن عبد الله خفيف ذات اليد وفي حجره أيتام صغار فيجوز أن أعطيه من ذلك فقال : نعم لك أجران أجر النفقة وأجر القرابة (٦) .

---

(١) « ولا تعطي المرأة زوجها من زكاة مالها في قول أبي حنيفة وبه نأخذ ، وتعطيه في قول أبي يوسف ومحمد إذا كان فقيرًا » . وانظر الهداية (١١٣/١) ، مختصر الطحاوي ص٥٢ .

(٢) حيث جاء فيه : « وللزوجة إعطاء زوجها الحر من سهم الفقراء والمساكين إذا كان كذلك ، بل سيبين كما قاله الماوردي ، انظر : مغني المحتاج (١٠٨/٣) .

(٣) التوبة : ٦٠ .

(٤) متفق عليه بلفظ قريب : رواه البخاري كتاب الزكاة على الأقارب (٥٣١/٢) برقم (١٣٩٣) ، مسلم كتاب الإيمان باب نقصان الإيمان بنقص الطاعات (٨٦/١ ، ٨٧) برقم (٧٩ ، ٨٠) .

(٥) ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش

(٦) انظر : شرح معاني الآثار للطحاوي (٢٥/٢) كتاب الزكاة باب المرأة هل يجوز لها أن تعطي زوجها زكاة مالها أم لا ؟

٢٠٥١٧ - فالنبي ﷺ أمرهن بالصدقة كفارة اللعن وأذية العشير وأخبرت أنها تقصد الولد النافلة كذلك الزوج .

٢٠٥١٨ - قلنا : يبطل وأصله لم يمنع دفع الصدقة إليه وفي مسألتنا بخلافه .

٢٠٥١٩ - قالوا : من جازلها دفع زكاتها إليه قبل التزويج جاز بعده

٢٠٥٢٠ - أصله أن الزوج يجوز أن يدفع إلى امرأته قبل التزويج ولا يجوز الدفع إليها بعده والمعنى في ابن الزوج كما ذكرنا

٢٠٥٢١ - قالوا : لا يستفيد الزوج الغني من مالها بالتزويج فلا يمنع به من زكاتها

٢٠٥٢٢ - أصله أهله لا يستفيد الغني من مال مولاه ولأن نفقته لا تجب عليه ولا يجوز دفع زكاتها إليه ولأن الزوج إن لم يستفد بالنكاح الغنى من مالها فإنها تستفيد بالدفع إليه الزيادة في نفقتها لأن ماله إذا كثر وجب عليه نفقة اليسار

٢٠٥٢٣ - قالوا : الزوج مع الزوجة كالأجنبي لا يستحق النفقة من مالها .

٢٠٥٢٤ - قلنا : يبطل بالمكاتب مع المولى والهاشمي مع النبطي لا يستحق النفقة عليه ولا يجوز دفع زكاته إليه ولأن اعتبار النفقة فاسد لأن الابن الكبير لا تجب نفقته على أبيه ولا يجوز دفع زكاته إليه فالمرأة تستحق النفقة عندهم على وجه العوض كما يستحق الإنسان الدين على غريمه وذلك لا يمنع الزكاة وإنما المانع بالوصلة التي هي تمنع من شهادة كل واحد منهما للآخر وهذا المعنى موجود في حق الزوج كوجوده في حق المرأة .

* * *

مسألة ١٠٢٥

تحريم الصدقة على آل رسول الله ﷺ

٢٠٥٢٥ - قال أصحابنا : تحرم الصدقة على آل [1] رسول الله ﷺ وهم خمسة بطون وكذا العباس وعلي وجعفر وعقيل والحارث بن عبد المطلب وإن شئت قلت إنها تحرم على ولد عبد المطلب لا على ولد أبي [2] .

٢٠٥٢٦ - وقال الشافعي : تحرم الصدقة على بني هاشم وبني المطلب [3] .

٢٠٥٢٧ - لنا : ما روي عن عمرو بن ثابت عن يزيد بن حبان قال سألت زيد بن أرقم عن آل محمد الذين لا تحل لهم الصدقة فقال : آل [عباس وآل] [4] عقيل وآل علي وآل جعفر [5] وروي أن النبي ﷺ لما سأله الفضل بن العباس وعبد المطلب بن ربيعة بن الحارث العمالة على الصدقة منعهما وقال : « إن الصدقة لا تحل لآل محمد » [6] فدل ذلك أن بني الحارث وبني هاشم ومن سوى هؤلاء على الأصل ، وقد روي عن عبد الله بن عباس أنه قال : ما اختصنا رسول الله ﷺ بشيء دون الناس إلا ثلاث أمرنا أن نسبغ الوضوء وأن لا نأكل الصدقة وأن لا ننزي الحمير على الخيل [7] فهذا يدل أن بني هاشم اختصوا بذلك من بين الناس ولأن ولد المطلب يجوز أن يعملوا على الصدقات

---

(١) ساقطة من (ص) .

(٢) انظر مختصر الطحاوي ص٥٢ ، والهداية (١١٤/١) حيث جاء فيه : « ولا تدفع إلى بني هاشم وهم : آل علي وآل عباس وآل جعفر وآل عقيل وآل الحارث بن عبد المطلب ومواليهم » . وانظر : البدائع (٤٩/٢) .

(٣) انظر المهذب (١٧٤/١) ، حيث جاء فيه : ولا يجوز دفع الزكاة إلى هاشمي لقوله ﷺ : « نحن أهل بيت لا تحل لنا الصدقة » . ولا يجوز دفعها إلى مطلبي لقوله ﷺ : « إن بني هاشم وبني المطلب شيء واحد وشبك بين أصابعه » .

(٤) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش

(٥) انظر : المصنف لابن أبي شيبة (١٠٥/٣) كتاب الزكاة باب من قال لا تحل الصدقة على بني هاشم .

(٦) سبق تخريجه .

(٧) انظر : شرح معاني الآثار (٥/٢) ، كتاب الزكاة باب الصدقة على بني هاشم ، ورواه أيضًا أبو داود في كتاب الصلاة باب قدر القراءات في صلاة الظهر والعصر (٢١٤/١) برقم (٨٠٨) ، والترمذي في كتاب الجهاد باب ما جاء في كراهية أن تنزي الحمر على الخيل (٢٠٥/٤ ، ٢٠٦) برقم (١٧٠١) ، وأحمد (٢٢٥/١ ، ٢٢٩) .

فلم يجز عملهم لبني أمية لأن قرابتهم وقرابة أمية فإذا لم تحرم إحدى القرابتين الصدقة كذلك الأخرى .

٢٠٥٢٨ - احتجوا : بما روى جبير بن مطعم أن النبي ﷺ قال : « أما بنو هاشم وبنو المطلب شيء واحد » [1]

٢٠٥٢٩ - قلنا : لا يجوز أن يكون أراد عموم الأشياء لافتراقهم في قرب النسب وإنما المراد في نصرتهم للنبي ﷺ وتكفلهم بأمره كما تكفلت بنو هاشم وخبرنا معتبر في موضع الخلاف والرجوع إليه أولى .

٢٠٥٣٠ - قالوا : النبي ﷺ قسم سهم ذوي القربى بين بني هاشم وبني المطلب وهو مستحق بالقرابة

٢٠٥٣١ - قلنا : قد بينا إنه مستحق وأن النبي ﷺ كان يعطيه إلى من يرى ولهذا صرفه عن جماعتهم في خيبر .

٢٠٥٣٢ - قالوا : ألحق من خمس عوض عن الصدقة ولهذا قال ﷺ للفضل بن العباس وعبد المطلب بن ربيعة « أليس في خمس الخمس ما يغنيكم عن أوساخ الناس » .

٢٠٥٣٣ - قلنا : أخبر النبي ﷺ أن الخمس يغني بني هاشم وبني الحارث وليس فيه أن كل من أغناه الخمس حرمت عليه الصدقة ألا ترى أن بقية أهل الخمس يستحقون الصدقات ويستحقون حقًا من الخمس فلم يجز أن يستدل بثبوت الحق في الخمس على تحريم الصدقة .

* * *

---

(١) رواه الإمام الشافعي في مسنده (١٢٥/١) ، والإمام أحمد (٨٥/٤) ، والبخاري في كتاب المغازي باب غزوة خيبر (١٥٤٥/٤) ، برقم (٣٩٨٩) .

دفع الزكاة إلى الفقير ثم بان أنه غني

٢٠٥٣٤ - قال أبو حنيفة ومحمد ﷺ : إذا دفع زكاته إلى فقير باجتهاد فبان أنه غني أو بان أنه أبوه أو ابنه أو أنه ذمي فلا إعادة [١]

٢٠٥٣٥ - عليه وهو أحد قول الشافعي .

٢٠٥٣٦ - وقال في قول آخر : لا يجزيه [٢] .

٢٠٥٣٧ - لنا ما روي أن الأخنس بن يزيد السلمي دفع صدقته إلى رجل وأمره بأن يأتي بها للمسجد فيتصدق بها فجاء إلى المسجد ليلًا ودفعها إلى مَعْنِ بن يزيد فلما أصبح وجده أبوه فقال : ما إياك أردت فجاء إلى النبي ﷺ فذكر ذلك له فقال : « لك يا معن ما أخذت ولك يا يزيد ما نويت .

٢٠٥٣٨ - فإن قيل : يحتمل أن تكون صدقة التطوع .

٢٠٥٣٩ - قلنا : لو اختلف الحكم لسأله النبي [٣] ﷺ عنها فلما جازت مع اختلاف السبب دل على أن الحكم [فيهما واحد] [٤] لا يختلف .

٢٠٥٤٠ - ولأن الغني والفقر يعلم بالاجتهاد ولا يتوصل إلى حقيقته ومن انتقل من اجتهاد إلى مثله لا يفسخ الأول كالحاكم .

٢٠٥٤١ - ولأنه دفع إليه وظاهره الفقر فإذا بان أنه غني جاز الدفع إليه كالغازي ؛

---

(١) جاء في المبسوط : فإن أعطى غنيًا وهو لا يعلم بحاله فإنه يجزي إن دفع عنده أنه فقير أو سأله فأعطاه أو كان جالسًا مع الفقراء أو كان عليه زي الفقراء ثم تبين أنه غني جاز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولم يجز عند أبي يوسف ﷺ . انظر : المبسوط للسرخسي (١٢/٣) .

(٢) جاء في المهذب : فإن دفع الإمام الزكاة إلى من في ظاهره الفقر ثم بان أنه غني لم يجزه عن الغرض فإن كان باقيًا استرجع منه ودفع إلى فقير وإن كان خائنًا أخذ البدل وصرف إلى الفقير فإن لم يكن المدفوع إليه مال مفرط فهو كالمال الذي يتلف في يد الوكيل وإن كان الذي دفع إليه رب المال فإن لم يبين عند الدفع إنه زكاة واجبة لم يكن له أن يرجع لأنه قد يدفع عن زكاة واجبة وعن تطوع فإن ادعى الزكاة متهما فلم يقبل قوله . انظر : المهذب (١٧٤/١) .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركن في الهامش .

(٤) ما بين المعكوفتين في (م) ، (ع) : [منهما] .

ولأن الإمام لو دفع إليه لم يضمن إليه فإذا دفع المال لم يلزمه إعادة كالفقير .

٢٠٥٤٢ – ولأن من لا يضمن الإمام بالدفع إليه لا يلزم المالك الإعادة إذا دفع إليه كالغازي .

٢٠٥٤٣ – فإن قيل : إنما لا يعتد للمالك بالزكاة لأنه يقدر على أن يبرأ منها بقيت بأن يسلمها إلى الإمام فلذلك لا يسقط الفرض عنه بالاجتهاد

٢٠٥٤٤ – قلنا : لو كان كذلك لم يصح الدفع بالاجتهاد وإن لم يبين أنه غني ؛ لأنه يتوصل إلى أداء فرضه بيقين فلما جاز الدفع إلى الفقراء وهو لا يتحقق فقرهم مع قدرته على الدفع إلى الإمام دل على بطلان الكلام .

٢٠٥٤٥ – احتجوا بقوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلْفُقَرَآءِ ﴾ (١) .

٢٠٥٤٦ – قلنا : هذا لا دلالة فيه لأنه جعل الصدقة حق له وكذلك نقول والكلام فيما سقط فيه فرضه .

٢٠٥٤٧ – ألا ترى أنا أجمعنا أنه إذا دفع كل منهم فقيرًا جاز لأنه لم يستحق دفع إلى فقير باجتهاد لم يمنع أن يجوز عندنا وإن بان أنه خلاف ذلك ؛ ولأن المراد بالآية من كان فقيرًا عندنا بدلالة جواز الدفع إلى من هذه فئته بإجماع .

٢٠٥٤٨ – ولا يجوز أن يكون المراد من كان فقيرا عند اللّٰه تعالى لأن هذا لا يقدر على التوصل إليه .

٢٠٥٤٩ – قالوا : وصله إلى غير مستحقه فوجب إلا يجزيه صلة دين الآدمي .

٢٠٥٥٠ – قلنا : يبطل بالإمام إذا دفع إلى الفقير فظهر أنه غني ومات مفلسًا قبل إن ترتجع منه .

٢٠٥٥١ – فإن قيل : الجواز هناك تعلق بقبض الإمام لأنه قائم مقام المساكين .

٢٠٥٥٢ – قلنا : وجب على الإمام أن يدفع إلى الفقراء وقد دفع إلى غيرهم وجزاه عما وجبت عليه والمعنى في دين الآدمي أنه لا يجوز دفعه باجتهاد فلذلك سقط الفرض الخطأ .

٢٠٥٥٣ – قالوا : دفع الزكاة إلى غير مستحقها كما لو دفعها إلى عبده .

٢٠٥٥٤ – قلنا : ما يدفعه إلى عبده لم يخرج من ملكه فكأنه عزل الزكاة ولم يدفعها إلى أحد وفي مسألتنا قد أخرجها من ملكه إلى من أمر الدفع إليه فصار كما لو دفعها إلى الفقير .

---

(١) سورة التوبة : الآية ٦٠ .

فهرس المجلد الثامن

الموضوع | الصفحة

كتاب إحياء الموات

كتاب الوقف

كتاب الهبة

كتاب اللقطة

كتاب اللقيط

كتاب الفرائض

كتاب الوصايا

كتاب الوديعة

كتاب قسم الغنائم

كتاب قسم الصدقات

* * *